

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA
PROTECTION POSSESSOIRE
DES SERVITUDES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 3 Décembre 1934, à 13 heures 30

PAR

JEAN FAU

Avocat au Barreau d'Aurillac,

Attaché au Parquet Général de Riom.

Président : M. G. RIPERT, *Professeur*.

Suffragants { MM. DEMOGUE, *Professeur*.
NIBOYET, *Professeur*.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1934

LA
PROTECTION POSSESSOIRE
DES SERVITUDES

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA
PROTECTION POSSESSOIRE
DES SERVITUDES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 3 Décembre 1934, à 13 heures 30

PAR

JEAN FAU

Avocat au Barreau d'Aurillac,
Attaché au Parquet Général de Riom.

Président : M. G. RIPERT, Professeur.

Suffragants { MM. DEMOGUE, Professeur.
NIBOYET, Professeur.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1934



LA

PROTECTION POSSESSOIRE

DES SERVITUDES

INTRODUCTION

Bien que cette étude ait un objet précis et limité et qu'il ne puisse être question pour nous d'examiner tout ce qui a trait aux actions possessoires et aux servitudes en général, il nous paraît indispensable avant de passer à l'étude des actions possessoires appliquées aux servitudes, de rappeler quelques généralités sur les actions possessoires et sur les servitudes. Cet exposé, en même temps qu'il permettra un bref historique de la question, fixera le sens d'expressions que nous retrouverons fréquemment et aura l'avantage de donner plus d'homogénéité à notre travail.

Les servitudes sont nées en même temps que la propriété individuelle. La division artificielle des fonds crée des relations de voisinage. Les limites sont enchevêtrées ; un fonds enclavé dans un autre a besoin de dégagement ; un fonds partagé et qui contient une source a besoin que les propriétaires des parcelles qui n'ont pas obtenu la source puissent y puiser de l'eau ; les maisons voisines ont besoin de jours et de vues : voilà autant de motifs de créer des servitudes au profit d'un fonds. Aussi, il est évident que, destinées à la réglementation des rapports de voisinage,

elles sont en nombre illimité. L'article 637 du Code Civil donne la définition suivante : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage, pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». Si l'on précise qu'elle consiste tantôt à conférer à un tiers le droit de faire des actes d'usage sur le fonds, tantôt à retirer au propriétaire l'exercice partiel de ses droits, on a eu une idée complète de ce qu'est la servitude.

Les servitudes, avons-nous dit, sont en nombre illimité; les particuliers peuvent en créer autant qu'il leur plaît et, en fait, les rapports de voisinage les rendent très nombreuses. Mais nous verrons que, notamment pour l'exercice des actions possessoires, toutes les servitudes n'obéissent pas aux mêmes règles. Il faut donc les classer.

D'après leur source, le C. C. établit une classification des servitudes en trois groupes :

I. Les servitudes naturelles dérivant de la situation des lieux.

II. Les servitudes légales établies par la loi.

III. Les servitudes du fait de l'homme que les particuliers font naître par divers procédés.

Cette classification du Code Civil n'est pas approuvée par tous les auteurs. On objecte que les deux premières catégories, n'en font qu'une en réalité. Elles ont été établies par la loi, soit parce qu'elles étaient indispensables, ce sont les servitudes naturelles, soit parce qu'elles étaient utiles, c'est le cas des servitudes légales, mais la raison d'être de ces servitudes n'a pas d'influence sur leur réglementation. Certes les servitudes naturelles et les servitudes légales obéissent, en général, aux mêmes règles. Mais il ne faut pas oublier qu'une classification pour être claire et complète doit tenir compte de toutes les différences

existant entre les groupes envisagés. Or, les servitudes naturelles et les servitudes légales ne se confondent pas. Les servitudes naturelles résultant de la disposition matérielle des lieux, existent par la force même des choses, tandis que les servitudes légales, établies par une disposition du législateur, supposent en principe une indemnité payée au propriétaire du fonds servant. Aussi conserverons-nous la division du Code Civil.

Mais, la distinction qui aura le plus d'importance au cours de notre étude, c'est celle des servitudes continues et discontinues d'une part, et des servitudes apparentes et non apparentes d'autre part.

Cette distinction est fondamentale parce que, la loi ayant dit que seules les servitudes à la fois continues et apparentes pouvaient être acquises par prescription, on en a déduit que, seules les servitudes présentant ce double caractère d'apparence et de continuité étaient susceptibles de possession. Et l'on voit la conséquence pour l'exercice des actions possessoires : seules, en principe, les servitudes apparentes et continues pourront bénéficier de la protection possessoire.

Après avoir exposé le système qui découle de la loi et de la jurisprudence nous verrons les critiques qu'il convient de lui adresser.

Auparavant, restant dans le cadre d'une introduction, nous allons voir comment le droit romain avait conçu la possession des servitudes. A cet égard, il faut distinguer deux systèmes : le système du droit civil, le système de l'édit et du droit impérial.

Dans le système du droit civil pur, la possession était considérée comme un fait matériel sur les choses corporelles. Aussi, les modes de transfert fondés sur la posses-

sion ne pouvaient pas servir pour la transmission des servitudes, car la possession n'était pas possible sur les servitudes considérées comme des droits, des choses incorporelles. Aucune servitude prédiale sauf les servitudes rustiques ne pouvait être constituée par usucapion. Seules les servitudes prédiales rustiques qui ne se distinguaient pas de la propriété pouvaient être acquises par usucapion. Les autres servitudes étant des choses incorporelles ne pouvaient être acquises par usucapion parce que la tradition est impossible pour les choses incorporelles. Une loi Scribonia, dont la date est inconnue, unifia le système en abolissant l'usucapion pour les servitudes rustiques. Désormais, toutes les servitudes étaient dans la même situation ; aucune n'était susceptible de possession.

Il devint nécessaire de mieux adapter l'institution. Les modes de constitution des servitudes du droit primitif étaient insuffisants. Les deux procédés courants étaient le legs, qui oblige à attendre la mort, et l'in jure cessio qui oblige à aller devant le magistrat. La mancipatio n'était possible que pour les servitudes rustiques et seulement d'une façon détournée pour les autres. D'autre part, ces anciens procédés avaient l'inconvénient très grave d'être des procédés du jus civile. Ils ne permettaient pas de constituer une servitude au profit de pérégrins, ni de grever de servitude un bien appartenant à un pérégrin. De même les biens provinciaux ne peuvent être grevés ni bénéficier de servitudes. Aussi, deux réformes vinrent modifier cet état de choses. Nous ne ferons que signaler la première : elle résulte des édits des magistrats qui ont inventé les pactes et stipulations. La seconde réforme a consisté à étendre aux servitudes la notion de la possession avec la théorie de la quasi-tradition des servitudes. La théorie des

servitudes constituée par le droit romain en fait des choses incorporelles non susceptibles de possession. Cependant, malgré leur caractère de droits, les servitudes sont susceptibles de se manifester par des actes matériels. Une servitude négative, de ne pas bâtir, n'impose pas un fait, mais une abstention. Elle n'est pas susceptible de se manifester par des actes matériels. Mais une servitude de passage, qui impose l'obligation de laisser passer quelqu'un, de laisser faire quelque chose, se manifeste par un acte matériel, comme la propriété. On admet donc, pour les servitudes positives, la possibilité d'un fait matériel analogue à la possession dans la propriété. De l'admission de cette notion, on a conclu qu'il sera possible de constituer cette servitude par une quasi-tradition, par une remise de quasi-possession accompagnée d'un juste titre. On pourra donc ou bien déduire la servitude au moment du transfert de la propriété par tradition, ou bien créer la servitude par translation en remettant la quasi-possession en même temps que la *justa causa*. Pendant longtemps les jurisconsultes ont discuté la possibilité de ces opérations. Au premier siècle de l'Empire, leur validité était déjà affirmée par certains jurisconsultes, notamment par Javolenus, qui critique l'opinion contraire professée par Labéon.

Cette quasi-tradition fait acquérir la servitude *jure praetorio*, parce que c'est le droit prétorien qui la protège, par des actions copiées sur le droit civil.

Grâce à la quasi-possession, on va pouvoir admettre l'usucapion, la prescription des servitudes. On n'a cependant pas appliqué purement et simplement les règles de l'usucapion. L'usucapion est une institution qui est toujours restée étrangère à la servitude, mais on a permis pour les servitudes une prescription acquisitive copiée

sur la *praescriptio longi temporis*. La servitude peut s'acquérir par une *longa possessio*, par un *diuturnus usus*, par un délai de dix à vingt ans. On n'applique pas les conditions de juste titre et de bonne foi nécessaires pour usucaper. Il suffit d'avoir exercé cette servitude pendant dix ans, si le propriétaire est présent, pendant vingt ans s'il est absent. Il faut aussi que la servitude n'ait pas été créée, par la violence, clandestinement ni à titre précaire.

Voilà pour la possession et la prescription des servitudes. Mais comment était organisée leur protection possessoire ? Le droit romain a connu à côté de la protection de la propriété des droits réels, des moyens de défense propres à la possession. C'étaient les interdits possessoires. Mais, deux choses sont à observer. D'abord, ces interdits étaient différents de nos actions possessoires actuelles et notre système actuel de protection possessoire ne dérive pas du droit romain. Les interdits, en effet, n'avaient pas un caractère général, ils étaient spéciaux : interdit *uti possidetis* pour les immeubles, interdit *ut rubi* pour les meubles ; il y avait aussi des interdits pour protéger la possession des servitudes : interdits de *itinere*, de *itinere reficiendo*, de *aqua*, de *rivis*, de *cloacis*. Ils furent créés pour protéger la possession des plus anciennes servitudes rustiques à une époque où cette possession se confondait avec la propriété des fonds sur lesquels portaient les servitudes. Cette protection possessoire des servitudes était très différente de la nôtre. Les interdits protègent les servitudes dans la personne qui les exerce sans qu'on se demande si elle est vraiment titulaire du droit de servitude. Elle ne doit fournir que la preuve du trouble et n'a pas à faire la preuve de son droit. D'autre part, et c'est le second point qu'il faut noter, les interdits protégeant les servitudes ont été créés sépa-

rément et ne suivent pas les mêmes règles que les interdits possessoires. Ce sont deux institutions voisines, mais indépendantes. Ces interdits protégeant les servitudes ont joué d'ailleurs, un rôle important en matière de possession des servitudes. En effet, d'après une opinion fort probante, c'est parce que le prêteur a créé très anciennement des interdits pour protéger l'exercice des servitudes qu'on a imaginé la théorie de la quasi-possession des servitudes. On a remarqué que l'exercice des servitudes était protégé par des interdits. On a rapproché ces interdits de ceux qui sanctionnent la possession et on a essayé de montrer qu'il pouvait y avoir une quasi-possession des servitudes. Il semble donc bien que le système de la protection possessoire des servitudes était différent de celui des interdits possessoires. On s'est demandé néanmoins s'il n'était pas possible d'appliquer les interdits possessoires aux servitudes. Il semble qu'il faille adopter la doctrine suivante :

S'il s'agit d'une servitude positive, permettant de faire, sur le terrain d'autrui, un acte positif, elle pourra être défendue par l'interdit *uti possidetis*, qui protège la possession : le fonds dominant avait la qualité d'avoir une servitude.

Au contraire, s'il s'agit d'une servitude négative, exemple de ne pas bâtir, on ne peut intenter l'interdit *uti possidetis*. Il n'y a pas d'exercice matériel d'un droit; le titulaire de la servitude aura seulement les moyens généraux : interdit *quod vi aut clam aut precario, l'operis novi nuntiatio*.

Tel était le système du droit romain sur la protection possessoire des servitudes. On voit qu'il est très différent du système actuel. C'est que l'origine de nos actions possessoires se trouve non dans le droit romain, mais dans le droit canonique. La plus ancienne de nos actions posses-

soires, en effet, la réintégrande, trouve sa source dans une décrétale de la collection pseudo-isidorienne, le canon « Redintegranda ¹ ». A la maxime du début de ce texte : « Redintegranda sunt omnia exspoliatis » les commentateurs ont préféré cette autre « Spoliatus ante omnia restituendus ». C'est toujours la même idée sous des formes différentes. Elle est à la base de notre réintégrande actuelle. Mais à part cette idée de restitution de la possession à celui qui en a été dépouillé en dehors d'un débat judiciaire et qui est une mesure de police, il n'y a pas grand'chose de commun entre la réintégrande primitive et la réintégrande actuelle. La réintégrande qui s'exerçait encore aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles était donnée à quiconque était en possession, quelles que fussent la durée antérieure et le titre de celle-ci. La possession pouvait même être entachée d'un vice. La seule condition était qu'il y ait eu dépossession ou même simplement trouble de possession. En tout cas, il semble bien que la réintégrande s'appliquait même au cas de dépossession non violente. La similitude de noms ne couvre donc pas une similitude de règles.

Vers le ^{xiii}^e siècle, deux autres actions firent leur apparition : la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre, cette dernière imitée de la *novi operis nuntiatio* du droit romain.

Quant à la possession des servitudes et à leur acquisition par la prescription, il y avait des divergences dans l'ancien droit. Les coutumes de Paris et d'Orléans prohibaient entièrement l'acquisition des servitudes par la prescription et posaient la règle : Nulle servitude sans titre. D'autres coutumes (Artois, Auvergne, Boulenois, Ponthieu) admet-

1. Ce canon qui ne protégeait d'abord que les évêques dépossédés de leur siège fut étendu à toute personne injustement dépouillée de sa possession.

taient la prescription pour toutes les servitudes sans distinction. Nous savons que c'est un système intermédiaire, exposé d'ailleurs par D'Argentré, qui a prévalu dans notre droit positif actuel et quelle influence il a exercé sur la réglementation par la jurisprudence de la protection possessoire des servitudes.

Actuellement, il faut partir du principe suivant : le droit de servitude est un droit réel immobilier et comme tel, il peut donner lieu à une action possessoire puisque ces actions s'appliquent à tous les droits immobiliers (Cas. 15 février 1926, S. 1926-1-62). La simple possession de la servitude est protégée, mais il faut que la possession et la servitude présentent certains caractères.

Les qualités que doit présenter la possession pour pouvoir servir de base à la protection possessoire sont les mêmes que celles qui sont requises à fin de prescrire. Cette possession doit donc être continue, ininterrompue, paisible, publique, non précaire et non équivoque.

Elle doit être exempte de violence et de clandestinité. Ces deux conditions s'appliquent évidemment à la possession des servitudes. La violence dont il s'agit ici peut être une violence matérielle ou morale. La possession sera viciieuse si elle a été acquise par des voies de fait ou obtenue par des menaces ; de même si elle a été conservée par des voies de fait répétées ; une simple défense par la force contre une agression ne suffirait pas, mais il ne faudrait pas que le possesseur ne doive de conserver sa possession qu'à un recours incessant à la violence.

La clandestinité ne consiste pas dans l'ignorance de la servitude par le propriétaire du fonds servant. Il faut que le possesseur de la servitude l'ait dissimulée, se soit caché pour l'exercer, ait mis en œuvre tous les moyens pour que

les actes matériels de servitude accomplis par lui demeurent ignorés du public et du propriétaire du fonds servant.

Quant à la discontinuité, elle est rendue impossible en ce qui concerne la possession des servitudes puisque la loi n'admet l'acquisition par prescription que pour les servitudes continues et nous verrons que, en principe, seules les servitudes apparentes et continues dans la classe des servitudes conventionnelles, bénéficient de la protection possessoire.

On peut envisager également le vice d'équivoque, mais il est difficile à concevoir en matière de servitude et on n'en trouve pas d'exemple dans la pratique.

Par contre, un obstacle fréquent à la protection possessoire des servitudes, c'est leur précarité. La précarité, en matière de servitudes, c'est leur exercice à titre de simple tolérance. Le possesseur précaire possède avec la permission d'autrui. La servitude exercée à titre précaire résulte d'une simple tolérance du propriétaire du fonds dominant. Les actes de tolérance sont fréquents parce qu'ils sont à la base des rapports de bon voisinage. Ils comportent que celui qui en bénéficie ne revendiquera aucun droit sur la chose : il n'a pas l'*animus domini*. Nous verrons que les servitudes discontinues ne peuvent être acquises par prescription ni servir de base à la protection possessoire parce qu'elles sont entachées d'une présomption de précarité. Nous aurons à discuter cet argument.

Enfin, pour invoquer la protection possessoire, il faut remplir une autre condition prévue à l'article 23 du Code de Procédure civile : il faut avoir possédé pendant une année au moins avant le trouble dont on se plaint. Cette condition de possession annale vient du droit germanique qui exigeait pour qu'on pût agir au possessoire la saisine

d'an et jour. — D'autre part, l'action possessoire doit être intentée dans l'année du trouble ou de la dépossession. Il faut que le possesseur troublé fasse cesser le trouble le plus tôt possible. A l'expiration du délai d'un an, le possesseur qui est resté sans agir n'a plus d'autre ressource que d'agir au petitoire ou d'intenter une action en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382 du Code Civil. Le point de départ du délai d'un an est celui du jour du trouble ou de la dépossession.

Il y a difficulté sur le point de savoir quel est le point de départ de ce délai quand le trouble résulte de travaux exécutés par le défendeur au possessoire. Si les travaux ont été entrepris sur le fonds du demandeur, c'est certainement du jour où les travaux ont commencé que court le délai d'un an. Quand les travaux ont été entrepris sur le fonds d'un tiers ou sur celui du défendeur, on admet généralement que le délai commence à courir du jour où les travaux sont suffisamment avancés pour porter atteinte à la possession.

Il nous reste à examiner le rôle particulier de chacune des trois actions qui protègent la possession. Nous ne ferons que les définir puisque les détails d'application se rencontreront au cours de notre étude.

La complainte est l'action accordée à tout possesseur d'un droit immobilier qui subit du fait d'un tiers un trouble matériel ou juridique dans sa possession. On appelle trouble « tout fait matériel ou tout acte juridique qui soit directement et par lui-même, soit indirectement et par voie de conséquence, constitue ou implique une prétention contraire à la possession d'autrui ¹ ».

1. Aubry et Rau, t. II, p. 231.

La dénonciation de nouvel œuvre se distingue de la plainte en ce qu'elle ne suppose pas un trouble actuel mais protège du trouble simplement éventuel qui résulte de travaux susceptibles d'entraver la possession du demandeur.

Ces deux actions, plainte et dénonciation de nouvel œuvre, sont les seules actions possessoires obéissant aux règles générales que nous avons signalées. Cependant, à côté d'elles on range toujours une troisième action : la réintégrande. Elle permet au possesseur ou au détenteur qui est dépouillé par violence d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier susceptible d'action possessoire d'être réintégré, avant tout examen du fond du droit, dans sa possession ou sa détention. Cette définition montre que la réintégrande diffère profondément des autres actions possessoires. Nous n'entrerons pas, pour le moment, dans la discussion sur le point de savoir si la réintégrande aurait bien dû être maintenue dans notre droit à titre d'action distincte de la plainte et soumise à des règles particulières. Un fait certain, c'est qu'aux termes d'une jurisprudence fermement établie, la réintégrande présente des caractères propres qui l'opposent nettement aux autres actions possessoires. On a même dit qu'elle ne constituait pas une véritable action possessoire. En effet, elle est indépendante de la possession; elle peut être accordée à ceux qui n'ont pas l'*animus domini* : aux détenteurs précaires, aux fermiers, locataires, métayers, créanciers antichrésistes, etc. Il suffit de prouver une détention actuelle, paisible et publique. Point n'est besoin de justifier de l'annalité de la possession antérieure aux voies de fait. La détention est suffisante même si elle a précédé de quelques jours ou d'un jour seulement l'acte de dépossession.

Cet acte de dépossession, c'est là un caractère essentiel à l'exercice de la réintégration, doit résulter de la violence ou d'une voie de fait dirigée contre la personne ou le bien du plaignant. Il faut un acte agressif de nature à justifier la légitime défense et à troubler la paix publique.

Ces caractères particuliers de la réintégration amènent à poser une question que nous aurons à résoudre : la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre sont applicables aux servitudes, mais en sera-t-il de même de la réintégration ?

La loi ne dit rien sur l'application des actions possessoires aux servitudes. C'est la jurisprudence qui a réglé cette importante question. L'étude que nous allons faire sera donc, avant tout, une étude de jurisprudence. Elle comprendra quatre chapitres :

Dans un premier chapitre, nous étudierons l'application des actions possessoires aux servitudes dérivant de la situation des lieux, ou servitudes naturelles.

Dans un deuxième chapitre, nous ferons la même étude pour les servitudes légales.

Le troisième chapitre sera consacré aux servitudes conventionnelles. Et, là, nous trouverons la grande distinction entre les servitudes continues et apparentes et celles qui ne présentent pas ces deux caractères, la jurisprudence n'admettant pas l'exercice des actions possessoires pour cette dernière catégorie.

Enfin, dans le dernier chapitre nous examinerons une question que nous avons déjà signalée : lorsqu'on parle de l'application des actions possessoires aux servitudes, faut-il y comprendre la réintégration ? La réintégration est-elle applicable aux servitudes ?

CHAPITRE PREMIER

PROTECTION POSSESSOIRE DES SERVITUDES NATURELLES

Les servitudes naturelles sont celles qui dérivent de la situation des lieux, dont l'origine se trouve dans une disposition naturelle de deux fonds, si bien que, lorsque cette disposition existera, l'un des fonds sera grevé d'une servitude.

Ainsi, la disposition naturelle d'un terrain en pente fait que, si ce terrain n'appartient pas à la même personne, le propriétaire de la parcelle inférieure devra recevoir sur son fonds les eaux qui viendront de la parcelle supérieure en suivant la pente naturelle du sol.

De même encore, si par suite de la disposition naturelle des lieux, relief du terrain, point de jaillissement et volume des eaux, etc..., une source forme dès la sortie du fonds où elle surgit, un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire du terrain où prennent naissance ces eaux ne pourra pas les détourner de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs.

On a critiqué l'existence de cette classe de servitudes. Elles se ramèneraient aux servitudes légales dont il n'y aurait aucun intérêt de les distinguer. Nous avons déjà signalé l'objection et dit que la distinction entre les servitudes naturelles et les servitudes légales, si elle n'est pas fondamentale ni même indispensable, peut être maintenue parce que les deux catégories ne se ramènent pas

l'une à l'autre. Les servitudes légales n'ont pas d'autre source que la volonté du législateur, elles ont quelque chose d'arbitraire, elles ne puisent pas leur nécessité dans la nature même des choses et l'on peut concevoir leur non-existence ou leur modification. Pourquoi la distance de 1^m,90 pour les vues droites, au lieu de 2 mètres ou 1^m,80? Les servitudes naturelles, au contraire, se sont imposées au législateur qui n'a fait que constater une nécessité dictée par la disposition naturelle des lieux et l'on ne comprendrait pas que le propriétaire d'un fonds où surgit une source formant des eaux publiques et courantes puisse détourner les eaux à son gré et fausser leur cours naturel ; on comprendrait encore moins que le propriétaire d'un terrain en contre-bas puisse empêcher les eaux venant d'un terrain plus élevé de couler chez lui.

Aussi, et c'est là une deuxième différence, les servitudes naturelles provenant d'un phénomène naturel, sans intervention du fait de l'homme : écoulement de l'eau sur les pentes, formation d'eaux courantes et publiques par une source, etc., ne donnent pas lieu, en principe, à indemnité alors que les servitudes légales au contraire supposent un dédommagement.

Ce sont là d'ailleurs, les seuls avantages de la distinction des servitudes naturelles et légales et si elle n'existait déjà dans le Code Civil, il n'y aurait aucun intérêt à la créer pour étudier la protection possessoire des servitudes.

Nous allons étudier cette protection en ce qui concerne les principales servitudes naturelles.

§ I. — SERVITUDE D'ÉCOULEMENT NATUREL DES EAUX
DES FONDS SUPÉRIEURS

Cette servitude est prévue par l'article 640 du Code Civil : « Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux
« qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent
« naturellement, sans que la main de l'homme y ait con-
« tribué.

« Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue
« qui empêche cet écoulement.

« Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave
« la servitude du fonds inférieur. »

La protection possessoire a toujours été admise par la jurisprudence et la doctrine ¹, mais il faut remarquer que cette protection est double.

En premier lieu il est hors de doute que, le propriétaire du fonds inférieur, étant obligé de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur, le possesseur de celui-ci a le droit, s'il est troublé dans sa possession, d'agir au possessoire contre l'auteur du trouble. Il y a dans ce sens, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 août 1852 ² qui a admis la plainte au profit du possesseur du fonds supérieur.

Mais le propriétaire ou le possesseur du fonds inférieur peut aussi être recevable à agir au possessoire. La jurisprudence présente deux séries de cas où l'exercice des actions possessoires a été admis au profit du propriétaire du fonds inférieur.

1. Civ. Cass., 13 juin 1814, S. 15.1.239. — Req. 3 avril 1852, S. 52.1.654. Civ. Rej., 11 décembre 1860, S. 61.1.633. — Demolombe, XI-45. — Garsonnet, I, § 132, notes 12 et 13. — Duranton, V-169. — Rousseau et Laisney, Act. Pos., 185 et s.

2. D. P. 52.1.220.

Il en est ainsi d'abord quand la servitude dont son fonds est grevé vient à être aggravée par des actes du propriétaire du fonds supérieur. La jurisprudence est depuis longtemps fixée dans ce sens et il y a un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 11 décembre 1860 ¹.

Il en sera de même si les actes du propriétaire du fonds supérieur amènent l'écoulement sur le fonds inférieur d'eaux, qui ne doivent pas s'y déverser ². Le propriétaire ou possesseur du fonds inférieur ne doit supporter en effet que l'écoulement des seules eaux naturelles.

On intentera suivant le cas la complainte ou la dénonciation de nouvel œuvre. Si le trouble résulte de travaux achevés, accomplis sur le fonds du voisin, une digue, un canal, un puits, etc., il faudra intentier la complainte. Si les travaux sont en cours, il faudra pour en suspendre l'exécution avoir recours à la dénonciation de nouvel œuvre.

§ II. — SERVITUDES RÉSULTANT DES EAUX DE SOURCES

L'article 642 du Code Civil modifié par la loi du 8 avril 1898 dispose que « celui qui a une source dans son fonds « peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites « et pour les besoins de son héritage ».

Le propriétaire d'une source a donc le droit de disposer librement des eaux de cette source, alors même qu'il les aurait laissées couler pendant un certain temps sur des fonds inférieurs. Par suite, les propriétaires de ces fonds ne peuvent pas en principe, exercer l'action possessoire pour se faire maintenir dans la jouissance de ces eaux.

Ce droit absolu de disposition du propriétaire de la source est cependant limité dans plusieurs cas.

1. D. P. 61. 1. 147.

2. Req., 27 février 1855, D. P. 55. 1. 404.

Le premier résulte du paragraphe 2 de l'article 642 du Code Civil : « Le propriétaire d'une source ne peut plus en
« user au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs,
« qui depuis plus de trente ans ont fait et terminé sur le
« fonds où jaillit la source des ouvrages apparents et per-
« manents, destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter
« le passage dans leur propriété. »

La jurisprudence antérieure à la loi du 8 avril 1898 qui a modifié l'article 642 du Code Civil, décidait que la jouissance des eaux et d'une source ne pouvait servir de base à la prescription et par suite à une action possessoire qu'autant qu'elle avait eu lieu au moyen d'ouvrages apparents pratiqués sur le fonds d'origine de la source. Il y a dans ce sens un arrêt de la Chambre Civile du 25 août 1822 et deux arrêts de la Chambre des Requêtes, l'un du 6 juillet 1835 et l'autre du 15 février 1854 ¹.

Le nouvel article 642 du Code Civil a maintenu et aggravé cette jurisprudence puisqu'il exige de la part du propriétaire du fonds inférieur l'établissement sur le fonds supérieur d'ouvrages apparents et « permanents » destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage sur sa propriété.

Cette nécessité est affirmée peu après la mise en vigueur de la loi de 1898, par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 octobre 1900 ². Cet arrêt part du principe que, sauf la différence de durée, la possession doit avoir les mêmes caractères pour former la base d'une action possessoire, de la complainte, que pour opérer la prescription. Par suite la possession, lorsqu'il s'agit du droit de recevoir les eaux d'une source située dans un fonds supérieur ne

1. D. P.⁵⁴. 1. 141.

2. D. P. 1900. 1. 556.

peut résulter que de l'existence d'ouvrages apparents faits par le propriétaire du fonds inférieur pour faciliter la chute des eaux, dans son héritage. Dès lors, à défaut d'ouvrages apparents ainsi réalisés, il ne saurait être question pour le propriétaire du fonds inférieur d'agir au possessoire. Et s'il était reconnu que les ouvrages pratiqués sur le fonds supérieur sont la propriété du possesseur de ce terrain, la jouissance des eaux par le propriétaire du fonds inférieur, ne constituerait qu'une servitude discontinue ne pouvant faire l'objet d'aucune action possessoire. Mais si le propriétaire du fonds supérieur n'était pas reconnu propriétaire des ouvrages et s'il résultait par exemple de titres produits, la preuve que les ouvrages ont été pratiqués dans l'intérêt du fonds inférieur, il y aurait lieu de maintenir le propriétaire de ce dernier fonds dans sa jouissance annale.

Il faut remarquer d'ailleurs que ces conditions restrictives ne s'appliquent pas dans tous les cas et que si elles ont été imposées par l'article 642 du Code Civil c'est dans l'intérêt du fonds où naît la source. Par conséquent, elles sont inapplicables au cas où les eaux qui font l'objet du litige s'écoulent de sources situées sur des fonds dont ni le demandeur ni le défendeur ne se prétendent propriétaire. Ainsi il a été admis par un arrêt de la Chambre civile du 11 août 1856 ¹ que le particulier qui, autorisé par le Maire à exhausser les parois d'un abreuvoir communal, détourne les eaux de cet abreuvoir et les recueille dans un fossé par lui creusé sur sa propriété, peut être actionné au possessoire par le voisin sur le terrain duquel les mêmes eaux se dirigeaient depuis plus d'un an avant le nouvel œuvre;

1. D. P. 1856. 1. 361.

et le juge de paix est compétent pour faire cesser le trouble, à la charge toutefois de laisser intacts les travaux accomplis en vertu de l'autorisation du maire. Dans cet arrêt la Cour de Cassation rappelle que la prescription des eaux de source ne s'acquiert et par suite, l'action possessoire n'est admise qu'à la condition que les ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau vers le fonds inférieur se trouvent « faits et terminés » sur le fonds servant. Mais cette condition exigée dans l'intérêt du fonds où naît la source ne peut être invoquée par le propriétaire d'un fonds contigu actionné au possessoire pour avoir amené les eaux de cette source sur son terrain au préjudice du propriétaire inférieur qui en avait la possession plus qu'annale ; il n'est pas nécessaire vis-à-vis de ce propriétaire que des travaux aient été établis sur le fonds où surgit la source.

Enfin, l'existence de travaux apparents cesse d'être une condition nécessaire pour rendre la possession du propriétaire inférieur capable de lui procurer la complainte quand sa jouissance des eaux est fondée sur un titre. Il résulte, en effet d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 mars 1890 ¹ que, si l'absence d'ouvrages apparents établis sur le fonds supérieur empêche le propriétaire du fonds inférieur d'acquérir par prescription une servitude de prise d'eau, il est cependant recevable à intenter la complainte lorsqu'il possède légalement depuis au moins un an cette servitude, en vertu d'un titre.

Jusqu'à maintenant, nous avons envisagé uniquement des eaux de sources naissant naturellement sur le fonds supérieur. Mais il se peut que le propriétaire de ce fonds

¹ 1. D. P. 1890. 1. 447.

ait provoqué chez lui artificiellement un écoulement d'eaux et qu'un propriétaire inférieur soit en possession depuis plus d'un an du droit de recevoir au moyen d'ouvrages apparents établis tant sur sa propriété que sur l'héritage supérieur, ces eaux qui fluent artificiellement ; le propriétaire inférieur sera-t-il fondé à exercer la complainte s'il est apporté quelque changement à la chute des eaux par le propriétaire supérieur qui a provoqué leur naissance ? — La Cour de Cassation l'a admis dans un arrêt du 27 mars 1832. La complainte pourra être exercée par le propriétaire inférieur, et cela quand bien même l'ouvrage apparent aurait été établi principalement pour recevoir une eau courante qui depuis a cessé de couler dans cette direction.

Après avoir examiné les limitations apportées par l'alinéa 2 de l'article 642 au droit absolu de disposition du propriétaire d'une source, il nous faut voir une seconde restriction qui découle de l'alinéa 3 du même article. « Il (celui qui a une source dans son fonds) ne peut pas non plus en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire, mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts. »

Cette disposition, très importante, crée au profit des communes, villages ou hameaux, une véritable servitude légale sur le fonds où prend naissance une source nécessaire à leurs habitants. Par suite, si le propriétaire de ce fonds contrevient aux dispositions de l'article 642, la complainte peut être exercée contre lui soit par la commune, soit par l'un quelconque des habitants intéressés à l'usage des eaux.

Il est à remarquer d'ailleurs, que, avant la loi du 8 avril 1898 qui a modifié l'article 642 du Code Civil, la jurispru-

dence admettait l'exercice des actions possessoires par application de l'article 643 du Code Civil. « Attendu, dit un arrêt du 3 décembre 1878¹, que les dispositions de l'article 643 du Code Civil constituent un véritable titre légal en faveur des habitants et que, bien que le droit de puisage, lavage et abreuvement puisse être considéré comme une servitude discontinue, la possession de ce droit reposant sur un titre légal ne saurait être considérée comme une simple tolérance à moins qu'il ne soit formellement rapporté. » Il faut enfin noter que la servitude résultant de l'article 642, alinéa 3, du Code Civil n'oblige pas le propriétaire de la source à ouvrir et à laisser un accès sur son fonds aux habitants pour l'usage de l'eau; et la plainte exercée par la commune afin de faire maintenir les habitants dans la possession d'un pareil droit d'accès, serait irrecevable comme s'appliquant à une servitude discontinue².

L'ancien article 643 du Code Civil qui prévoyait la servitude que nous venons d'étudier a été modifié par la loi du 8 avril 1898 et le texte nouveau est l'origine d'une troisième restriction au droit du propriétaire d'une source : « Si dès la sortie du fonds où elles surgissent, les eaux de source forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner de leurs cours naturel au préjudice des usagers inférieurs. » Le Code Civil classe la servitude qui naît de cette disposition parmi les servitudes naturelles, mais la plupart des auteurs estiment qu'il faut y voir une servitude légale. Nous ne rentrerons pas à nouveau dans cette discussion stérile de classification. Ce qu'il nous importe de retenir,

1. D. P. 79. 1. 150.

2. Civ. 1^{er} juillet 1890. D. P. 90. 1. 355.

c'est que cette servitude donne le droit aux propriétaires inférieurs de s'opposer par voie possessoire à la captation des eaux à la condition toutefois que ces eaux constituent bien un cours d'eau proprement dit et non pas seulement de simples filets d'alimentation d'un ruisseau qui forme le courant principal ¹.

§ III. — PROTECTION POSSESSOIRE DES SERVITUDES NÉES DE LA JOUISSANCE DES EAUX PLUVIALES.

L'article 641 du Code Civil modifié par la loi du 8 avril 1898 dispose que « Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds ».

Les eaux pluviales qui tombent sur un chemin public ou sur ses bords demeurent « res nullius » et appartiennent comme telles au premier occupant ². Par conséquent, si un riverain jouit de ces eaux depuis un temps plus ou moins prolongé et quand bien même cette jouissance serait due à un ouvrage effectué par lui, il ne pourra pas empêcher un riverain supérieur d'absorber les eaux de pluies au passage et de l'en priver malgré sa jouissance antérieure. Il ne sera pas admis à exercer l'action possessoire contre le riverain supérieur. Ainsi en a décidé la Chambre des requêtes dans un arrêt du 16 décembre 1866 et la Chambre civile le 13 janvier 1891 ³.

La possession des eaux pluviales tombant sur la voie publique est, en effet, entachée de précarité. Mais si cette possession cesse d'être précaire, elle pourra servir de base à l'action possessoire de la part du propriétaire du fonds

1. Civ., 11 février 1903, D. P. 1904. 1. 13.

2. Civ., 5 mars 1902, D. P. 1902. 1. 456.

3. D. P. 67. 1.381. — D. P. 91. 1. 148.

inférieur contre le propriétaire du fonds supérieur et il en est ainsi d'après la jurisprudence dans trois cas :

1^o Lorsque le propriétaire du fonds inférieur a eu la jouissance des eaux pluviales au moyen de travaux apparents empiétant sur le fonds supérieur ;

2^o Lorsque la possession est fondée sur un titre, une convention ou sur la destination du père de famille.

Il n'est pas douteux que la jouissance des eaux intermittentes ou pluviales recueillies par un fonds supérieur puisse être, aussi bien que celle des eaux de source, l'objet d'une servitude prescriptible au profit du fonds inférieur ou acquise par titre, convention ou destination du père de famille. La jurisprudence est constante et nombreuse sur ce point ¹.

La Cour de cassation, d'ailleurs, exige dans son arrêt du 13 janvier 1891, que si une convention est invoquée, la preuve en soit rapportée de façon certaine ;

3^o Enfin, il faut citer un troisième cas où la possession des eaux pluviales tombant sur la voie publique cesse d'être précaire : lorsqu'elles ont été l'objet d'une concession administrative. Leur possession peut, alors, donner lieu aux actions possessoires. Il y a dans ce sens un arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 mars 1876 ².

Nous avons envisagé la possession des eaux pluviales qui tombent sur un chemin public ou sur ses bords. Pour les eaux pluviales tombant directement sur un fonds privé, il est certain que le propriétaire de ce fonds peut les retenir et les absorber au préjudice du propriétaire inférieur.

1. Req., 16 mars 1853, D. P. 54. 1. 38. — Req., 9 avril 1856, D. P. 56. 1. 303. — Req., 12 mai 1858, D. P. 58. 1. 449. — Req., 11 juillet 1859, 59. 1. 352. — Req., 16 janvier 1865, D. P. 65. 1. 183. — Req., 11 mars 1876, D. P. 78. 1. 126. — C. Riom, 8 mai 1888, D. P. 88. 2. 215. — Civ., 13 janvier 1891, D. P. 91. 1. 148.
2. D. P. 78. 1. 121.

C'est ce qui ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 641 du Code Civil que nous avons cité. Il peut les retenir et les absorber alors même qu'il les aurait auparavant, et pendant quelque temps que ce fût, laissées couler suivant la pente naturelle. Toutefois ces eaux peuvent être acquises par le propriétaire du fonds inférieur comme celles d'une source et sous les mêmes conditions, au moyen de la convention, de la destination du père de famille ou de la prescription à l'aide de travaux apparents et permanents, faits et terminés sur le fonds où tombent les eaux de pluies. Dans tous ces cas, elles pourront devenir l'objet d'une action possessoire.

§ IV. — PROTECTION POSSESSOIRE DES SERVITUDES NÉES DE LA JOUISSANCE DES EAUX COURANTES

Le propriétaire qui a droit à l'usage des eaux d'un cours d'eau non navigable ni flottable et dont la possession réunit tous les caractères prescrits par la loi peut, en cas de trouble de la jouissance des dites eaux, exercer l'action en complainte.

Ce propriétaire peut être un propriétaire riverain. La jouissance en commun d'un cours d'eau qui sépare deux héritages constitue un droit dans la possession duquel le riverain troublé par son co-riverain peut se faire maintenir par voie d'action possessoire ; il n'est pas nécessaire pour la recevabilité de l'action possessoire que cette jouissance soit exclusive. Ainsi, il a été jugé, que l'action possessoire est recevable, au cas de trouble résultant de ce que l'un des riverains a pratiqué, au préjudice de la jouissance de l'autre riverain, une rigole destinée à conduire la presque totalité des eaux dans un héritage

inférieur qui ne pouvait pas être l'objet d'une irrigation directe ¹. Il faut donc admettre que, d'une manière générale, la jouissance en commun d'un cours d'eau constitue au profit des riverains un droit donnant lieu en cas de trouble à la protection possessoire. Il suffit pour que l'action soit recevable :

1° Qu'il y ait jouissance plus qu'annale des eaux ;

2° Qu'un trouble ait été apporté à cette jouissance.

Mais, on peut avoir droit à la jouissance des eaux d'un cours d'eau non navigable ni flottable, sans être riverain. Il est de règle, en effet, que les propriétaires non riverains d'un cours d'eau, peuvent acquérir par prescription le droit de s'en servir. La jurisprudence est fixée en ce sens que l'eau courante, considérée comme un accessoire du fonds à l'usage duquel elle est attachée, est susceptible comme tout autre bien de possession légale et peut servir de base aux actions possessoires ².

Par conséquent, un non riverain ayant la jouissance d'eaux courantes pourra, en cas de trouble dans sa jouissance, exercer la complainte. La Chambre civile l'a admis dans un arrêt du 3 février 1875 ³. Il faudra, évidemment, que ce propriétaire non riverain ait la possession annale des eaux et que cette possession ait tous les caractères exigés par la loi pour faire acquérir la prescription, c'est-à-dire qu'elle doit être paisible, publique, continue et à titre non précaire.

Par ailleurs, il suffira pour fonder la protection possessoire, qu'un trouble soit apporté à la jouissance du deman-

1. Req., 18 juin 1850, D. P. 50. 1. 309.

2. Civ. 4 janvier 1875, D. P. 75. 1. 11.

3. D. P. 78. 1. 127.

deur. A cet égard, les règles sont les mêmes qu'il soit riverain ou non riverain.

Le trouble apporté à l'usage des eaux doit être actuel ¹. Mais ce trouble existe dès que le volume d'eau dont jouit un riverain se trouve amoindri par des travaux exécutés par un tiers ². Ainsi, il a été admis que ce trouble pouvait résulter de l'établissement d'une rigole qui détourne les eaux du fonds où elles arrivaient auparavant ³, ou de la modification de la direction d'un canal ⁴.

Le trouble peut enfin exister sans que le volume de l'eau soit diminué. Ainsi à la suite d'une innovation adoptée par le riverain supérieur, les eaux arrivent au riverain inférieur dans des conditions désavantageuses, par exemple, les eaux, au lieu d'arriver comme précédemment d'une manière permanente, n'arrivent plus que par intermittence ⁵; ou bien, cas plus fréquent, si précédemment pures elles arrivaient altérées et souillées ⁶.

Evidemment, pour que l'action possessoire soit recevable, il faut que le demandeur démontre que sa possession des eaux courantes avait réellement l'étendue qu'il prétend faire consacrer par le juge du possessoire. Ainsi ⁷ il ne pourrait être admis à agir en complainte si sa possession a toujours été vague quant à la quotité des eaux dont il a pu jouir.

Nous avons étudié toutes les conditions de recevabilité des actions possessoires en ce qui concerne la jouissance

1. Req., 4 août 1852, D. P. 52. 1. 197.

2. Req., 20 mai 1829.

3. Req., 18 juin 1850, D. P. 50. 1. 309. — Civ., 24 août 1870, D. P. 70. 1. 354.

4. Req., 3 juillet 1867, D. P. 67. 1. 279.

5. Req., 3 août 1852, D. P. 52. 1. 198.

6. Civ., 27 janvier 1857, D. P. 57. 1. 173. — Req., 16 janvier 1866, D. P. 66. 1. 206.
— Req., 12 mars 1900, D. P. 1900. 1. 284.

7. Civ., 30 novembre 1859, D. P. 59. 1. 486. — Civ., 12 mai 1862, D. P. 62. 1. 232.

des eaux courantes. Mais, ces conditions étant réunies, le défendeur ne pourra-t-il pas, pour repousser la complainte, objecter que son entreprise contre laquelle réclame le demandeur, constitue l'exercice légitime de la faculté légale qui lui est accordée, quant à l'usage des eaux par l'article 644 du Code Civil? Exerçant un droit qu'il tient de la loi (celui dont la propriété borde une eau courante peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés, dit l'article 644 du Code Civil), il semblerait que ce propriétaire ne devrait pas être inquiété parce qu'il use d'une jouissance que lui accorde la loi et parce qu'il a créé une entreprise qui facilitera cette jouissance. Et, s'il ne sort pas des limites de son droit, la complainte devrait échouer contre lui. Ainsi s'il a négligé de se servir des eaux pendant un temps plus ou moins long, il ne perdra pas pour cela le droit d'en user, les facultés naturelles se conservant de droit, même sans être pratiquées; et s'il veut reprendre l'exercice de son droit, un autre propriétaire qui sera troublé dans la jouissance qu'il avait depuis plus d'un an des mêmes eaux ne pourra exercer contre lui les actions possessoires. Ce système a été admis par trois arrêts de la Cour de Cassation ¹.

Ce n'est pas cependant celui qui a triomphé. La Cour de Cassation, dans sa première jurisprudence ² et d'une façon ininterrompue depuis 1860 ³ a admis une solution différente de celle qui résulte des trois arrêts de la Chambre

1. Req., 2 février 1855, D. P. 55. 1. 169. — Req., 16 janvier 1856, D. P. 56. 1. 289. — Req., 17 février 1858, D. P. 58. 1. 297.

2. Civ., 4 mars 1846, D. P. 46. 1. 97. — Civ., 24 avril 1850, D. P. 50. 1. 127. — Civ., 2 août 1853, D. P. 53. 1. 245.

3. Civ., 20 mars 1860, D. P. 60. 1. 165. — Civ., 20 août 1870, D. P. 71. 1. 44. — Civ., 4 août 1873, D. P. 73. 1. 389. — Civ., 7 novembre 1876, D. P. 77. 1. 225. — Civ., 11 juillet 1877, D. P. 77. 1. 424. — Civ., 30 novembre 1903, D. P. 04. 1. 184. — Req., 16 mars 1881, D. P. 82. 1. 173. — Req., 14 mars 1882, D. P. 83. 1. 156.

des Requêtes que nous avons cités. Il est à noter d'ailleurs que, sur ce point, la Chambre civile n'a pas varié et, d'après le système qu'elle semble avoir définitivement adopté, il n'y a que deux questions à examiner au possessoire : si le riverain demandeur en complainte a joui des eaux pour l'objet et dans la mesure qu'il indique et si la nouvelle entreprise faite sur le cours d'eau porte atteinte, sous un rapport quelconque, à la jouissance des eaux telle qu'il l'a exercée. Lorsque ces deux points sont établis, la complainte doit être admise et le défendeur ne peut pas la repousser en soutenant que la possession du demandeur a excédé les limites du droit de celui-ci ou bien que lui-même n'a fait que reprendre l'exercice de son propre droit, sans extension, tel que l'article 644 du Code civil le lui confère. Cette solution qui, nous le rappelons, n'a contre elle que trois arrêts de la Chambre des requêtes, a été admise par une partie importante de la doctrine dont Aubry et Rau (t. II, § 185, note 52, p. 199.)

Évidemment, dans ce système, la solution donnée à l'instance possessoire est entièrement indépendante du règlement au pétitoire des droits des riverains respectifs sur les eaux litigieuses. C'est ce qui résulte de deux arrêts de la Cour de cassation que nous avons déjà cités ¹.

Il est à remarquer enfin que la controverse n'existe plus dans le cas où le propriétaire inférieur se plaint de ce que, au préjudice de sa possession, le propriétaire supérieur abuse de son droit sur les eaux, en les absorbant, les retenant ou les détournant illégalement. Il est hors de doute que, dans ce cas, l'action possessoire est recevable ².

Il nous reste à examiner un point particulier concernant

1. Civ., 4 août 1837. — Req., 14 mars 1882.

2. Req., 6 décembre 1836. — Civ., 8 avril 1838.

la protection possessoire de la jouissance des eaux courantes servant au roulement des usines ou moulins. Il peut s'agir d'abord de la protection du propriétaire des entreprises qui sont alimentées par le cours d'eau. Ces entreprises donnent certainement lieu aux actions possessoires de la part de leurs propriétaires pourvu qu'elles ne soulèvent pas de questions touchant au domaine de l'Administration.

Quant à l'action possessoire exercée, non par le propriétaire de l'usine, mais contre lui, à raison de quelque construction ou innovation faite par lui, elle est également recevable aux conditions ordinaires, et le juge de paix est compétent pour ordonner la destruction des nouveaux travaux, soit qu'ils aient été effectués sans autorisation¹ soit qu'ils l'aient été avec autorisation administrative, mais sous réserve des droits des tiers². Il faut noter que, si la compétence du juge de paix pour ordonner la destruction des travaux effectués sans autorisation n'est pas contestée, sa compétence pour faire supprimer des travaux autorisés par l'administration a été repoussée par deux arrêts de la Chambre des requêtes du 19 août 1845 et du 14 février 1883, mais, actuellement, en présence de la jurisprudence très ferme de la Cour de cassation et du Conseil d'État et des nombreux arrêts qui ont été rendus³ en faveur de la compétence du juge de paix, il semble que la question ne soit plus discutable.

1. Req., 28 janvier 1845, D. P. 45. 1. 145.

2. Civ., 1^{er} août 1855, D. P. 55. 1. 370. — Civ., 18 avril 1866, D. P. 66. 1. 249.
— Civ., 2 janvier 1868, D. P. 68. 1. 197. — Req., 10 avril 1883, D. P. 84. 1. 322.
— Cons. d'État, 18 juillet 1884, D. P. 86. 3. 18.

CHAPITRE II

PROTECTION POSSESSOIRE DES SERVITUDES LÉGALES

Les servitudes légales sont des charges que la loi impose à un héritage au profit d'un autre héritage, dans un but d'utilité particulière ou dans un but d'utilité publique ou communale.

On distingue donc les servitudes légales d'intérêt public et les servitudes légales d'intérêt privé.

Les servitudes légales d'intérêt public dérivent presque toutes de lois administratives. Par exemple, il est défendu de construire dans une zone déterminée autour des forts et places de guerre ; d'établir le long des voies ferrées sur une largeur de 20 mètres des dépôts de matières inflammables. De ces servitudes établies dans un but d'utilité publique ou communale, nous dirons seulement qu'elles ne peuvent jamais donner lieu à l'action possessoire. En effet, elles n'ont pas été prescrites pour l'usage d'un héritage particulier, mais pour l'utilité du public en général et elles ne comportent pas de fonds dominant. Les règles à leur appliquer doivent être recherchées dans les lois administratives et non dans le Code civil ou le Code de procédure. Ainsi, si le propriétaire d'un immeuble urbain longeant la voie publique ne se soumet pas à l'obligation que lui imposent les règlements municipaux de supporter sur son immeuble les plaques indicatrices du nom des rues, la ville ne pourra pas se servir contre lui des

actions possessoires (Civ. 8 juillet 1890, D. P. 90.1.365).

Les servitudes légales d'intérêt privé ont pour objet l'utilité d'un héritage particulier. Elles établissent :

1^o Des distances à observer pour l'ouverture des vues et jours ;

2^o Des distances à observer pour les plantations ;

3^o Des précautions pour certains travaux ou dépôts de nature à nuire au fonds voisin ;

4^o Des précautions à prendre pour l'écoulement des eaux pluviales recueillies sur les toitures.

Ces servitudes sont des servitudes mutuelles entre voisins.

D'autres servitudes légales d'intérêt privé sont établies sans aucune réciprocité : ainsi la servitude de passage en cas d'enclave, la servitude d'écoulement des eaux nuisibles, la servitude d'aqueduc, la servitude d'appui.

Nous allons étudier l'application des actions possessoires aux principales servitudes légales d'intérêt privé.

Le principe est que toutes les servitudes légales peuvent donner lieu aux actions possessoires.

§ I. — PLANTATIONS D'ARBRES ET CONSTRUCTIONS

D'après l'article 671 du Code civil, « il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par des usages constants et reconnus et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse 2 mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations ».

En ce qui concerne les constructions, l'article 674 pose une règle particulière à certains cas : « Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisances près d'un mur mitoyen ou non ;

Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau, y adosser une étable ;

Ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives ;

Est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin. »

Cette énumération n'est pas limitative, et il appartient aux tribunaux, même s'il s'agissait d'entreprises autres que celles qui y sont comprises, d'apprécier si elles sont susceptibles de causer un préjudice au voisin et d'ordonner l'exécution des mesures préventives établies pour ces entreprises par les règlements et usages ¹.

Quand les distances prévues par ces deux textes n'ont pas été observées, il y a incontestablement lieu à l'action possessoire ; peu importe, en ce qui concerne les plantations, qu'elles soient seulement commencées ou qu'elles soient terminées depuis moins d'un an. On applique la même solution aux constructions visées par l'article 674 du Code civil. Mais, qu'il s'agisse de plantations ou de constructions, il faut remarquer que l'action possessoire présente, en pratique, peu d'intérêt. En effet, le demandeur peut user d'une action non possessoire qui est également de la compétence du juge de paix, c'est l'article 7 de la loi du 12 juillet

1. Civ., 10 juillet 1872, D. P. 72. 1. 257. — Bordeaux, 17 juillet 1889, D. P. 90. 2. 142.

1905 qui fixe cette compétence : « Les juges de paix connaissent à charge d'appel. »

3^o Des actions en bornage et de celles relatives à la distance prescrite par la loi, les règlements particuliers et l'usage des lieux, pour les plantations d'arbres ou de haies, lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés ;

4^o Des actions relatives aux constructions et travaux énoncés dans l'article 674 du Code civil, lorsque la propriété ou la mitoyenneté du mur ne sont pas contestées. »

§ II. — JOURS ET VUES

Aux termes des articles 675 et suivants, un voisin ne peut pas, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans un mur mitoyen une fenêtre ou une ouverture quelconque.

Si le mur n'est pas mitoyen et joint immédiatement l'héritage d'autrui, le propriétaire du mur pourra y pratiquer des jours et fenêtres en respectant certaines conditions prévues aux articles 676 et 677.

Enfin, d'après les articles 678 et 679, pour avoir une vue droite sur le fonds du voisin, il faut laisser une distance de 1^m,90 entre le mur où se fait l'ouverture et l'héritage voisin. Pour les vues obliques, la distance à observer n'est que de 0^m,60.

Si un propriétaire pratique sans le consentement de son voisin, une fenêtre ou une ouverture dans un mur mitoyen, il pourra y avoir lieu contre lui, à l'exercice de la complainte dans l'année du trouble.

De même, l'ouverture pratiquée dans un mur proche ou limitrophe de l'héritage d'autrui et sans observation des articles 676 et suivants du Code civil, constitue un

trouble qui donne lieu à l'exercice de l'action possessoire contre son auteur ¹.

Mais, il ne faut pas oublier que la servitude de vue est une servitude continue et apparente et que le droit d'avoir des vues ou des fenêtres à une distance moindre que celle qui est prévue aux articles 678 et 679 du Code civil, peut s'acquérir par la possession de trente ans ². La personne qui aura une servitude de vue sur le fonds voisin pourra également exercer les actions possessoires. Ce sera, suivant les cas, la complainte ou la dénonciation de nouvel œuvre. Il faut supposer que le voisin commence sur son propre fonds des travaux qui seront de nature à gêner ou à supprimer l'exercice de la servitude de vue. Le possesseur de cette servitude continue et apparente, intentera l'action en dénonciation de nouvel œuvre pour obtenir la suppression des travaux. Si les travaux étaient achevés, il n'y aurait plus lieu à dénonciation de nouvel œuvre, il faudrait agir en complainte. De même si les travaux étaient accomplis sur le fonds du demandeur, car on sait que l'exercice de l'action en dénonciation de nouvel œuvre suppose des travaux entrepris sur un fonds autre que celui du possesseur et susceptibles de porter atteinte à la possession de ce dernier.

§ III. — SERVITUDE DE PASSAGE EN CAS D'ENCLAVE

Aux termes de l'article 682 du Code civil, « le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante pour

1. Civ., 21 novembre 1871, D. P. 71. 1. 276.

2. Civ., 19 octobre 1886, D. P. 87. 1. 116. — Req., 17 novembre 1902, D. P. 1903. 1. 88.

l'exploitation soit agricole, soit industrielle de sa propriété, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner ».

La servitude de passage est une servitude discontinue, et nous savons que, en principe, les servitudes discontinues ne peuvent pas s'acquérir par prescription ; leur possession est entachée de précarité par présomption, et, par conséquent, elles ne peuvent pas donner lieu à l'exercice des actions possessoires. Tel est le principe, que nous retrouverons avec l'étude des servitudes conventionnelles, et qui est appliqué aux servitudes de passage ordinaires.

Mais, en ce qui concerne le passage en cas d'enclave, c'est une solution contraire qui résulte du texte de la loi. En effet, aux termes de l'article 685 du Code civil, modifié par la loi du 20 août 1881, la servitude de passage en cas d'enclave peut s'acquérir par la prescription ; elle peut, en conséquence, donner lieu à l'action possessoire. De nombreux arrêts l'ont admis et cette solution est conforme à la doctrine ; il est incontestable que la jouissance plus qu'annale d'un passage en cas d'enclave peut, quel que soit son caractère de discontinuité, servir de base à une action possessoire¹. Cette solution est admise de façon constante par la jurisprudence depuis la loi du 20 août 1881. Avant cette loi, un arrêt du 8 juillet 1812 l'avait repoussée, mais, à part cette décision isolée, la jurispru-

1. Carré de la compétence, II, 406. — Garnier, p. 317. — Belime, n° 262. — Pardessus, II, 325. — Demolombe, XII, 624. — Zachariæ, § 246. — Curasson, II, n° 699, p. 402. — Rousseau et Laisney, n° 104. — Garsonnet, t. I, § 132. — Bourbeau, VII, 378. — Civ., 27 février 1889, D. P. 90. I. 79. — Req., 27 décembre 1904, D. P. 05. I. 74. — Req., 10 décembre 1906, D. P. 07. I. 288. — Civ., 20 février 1922, D. P. 25. I. 80. — Rouen, 12 janvier 1926, D. H. 1926. 176.

dence avait fondé le système actuel¹. Donc, l'enclave constitue un titre légal suffisant pour justifier le recours à l'action possessoire relativement à l'exercice du droit de passage. Il en est ainsi alors même que le propriétaire du fonds enclavé n'aurait pas fait régler l'assiette du passage conformément aux articles 682 et suivants du Code civil². Toutefois, ce titre légal est anéanti, si l'état d'enclave vient à cesser et la servitude de passage disparaît aussi. Toutefois, elle subsiste, malgré la cessation de l'enclave, si l'assiette et le mode d'exercice du passage ont été déterminés antérieurement par trente ans d'usage continu³ et si la servitude dont la jouissance motive l'action possessoire est ainsi devenue l'accessoire du fonds au profit duquel elle a été constituée⁴. Il y a plus : si le propriétaire qui invoque en sa faveur la prescription du droit de passage pour cause d'enclave parce qu'il a joui de ce droit pendant trente ans, n'a jamais versé aucune indemnité au propriétaire sur le fonds duquel s'exerce le passage, celui-ci ne pourra plus en demander et le passage continuera à s'exercer sans indemnité⁵.

Il suffit, pour que soit possible l'exercice des actions possessoires en matière de servitude de passage pour cause d'enclave, que soient réunies les conditions ordinaires de recevabilité de ces actions, c'est-à-dire qu'il faut que la possession de la servitude de passage existe depuis plus

1. Req., 7 mai 1829, 16 mars 1830, 9 mai 1831, 23 novembre 1836, etc. — Civ., 19 novembre 1832.

2. Civ., 31 juillet 1923, D. P. 1926. 1. 62.

3. Civ., 26 août 1874, D. P. 75. 1. 124. — Civ., 24 novembre 1880, D. P. 81. 1. 71. — Req., 30 juin 1903, D. P. 1904. 1. 231. — Req., 27 décembre 1904, D. P. 1905. 1. 74 (précité).

4. Civ., 20 février 1922, D. P. 1925. 1. 80.

5. Civ., 30 novembre 1864, D. P. 65. 1. 231. — Req., 30 janvier 1884, D. P. 84. 1. 364.

d'un an d'une façon paisible, publique et non équivoque.

Mais, il n'est pas nécessaire que les actes constitutifs ou indicatifs de la possession annale aient été tous accomplis dans l'année qui a précédé le trouble. Il suffit qu'ils l'aient été quand cela a été nécessaire et possible ¹. D'autre part, quand la preuve de la possession annale est rapportée, il n'appartient pas au juge de paix du possessoire de rechercher si le passage a été pris dans l'endroit le plus court et suivant le tracé le moins dommageable pour le fonds asservi ².

S'il y a contestation entre le propriétaire du fonds dominant et celui du fonds servant sur le lieu d'exercice de la servitude, et si, avant toute décision du juge au pétitoire, le propriétaire du fonds servant veut déplacer le champ d'action de la servitude et contraindre le possesseur du droit de passage à exercer son droit sur une autre partie du fonds que celle où il l'exerçait auparavant, il pourra être actionné en complainte, et, en attendant que soit délimitée au pétitoire l'assiette de la servitude, elle continuera à s'exercer comme elle l'a été pendant l'année de possession nécessaire pour fonder la complainte ³. On peut objecter que le possesseur du droit de passage aurait dû faire régler l'assiette de ce passage conformément aux articles 682 et suivants du Code civil; mais, ce règlement n'a pas d'effet en ce qui concerne l'exercice des actions possessoires, et, s'il n'a pas été fait, la complainte demeure possible aux conditions ordinaires ⁴.

1. Civ., 4 janvier 1875, D. P. 76. 1. 500. — Req., 14 mars 1881, D. P. 81. 1. 86. — Saint-Flour, 25 mai 1898, D. P. 99. 2. 41.

2. Trib. Paix La Mure, 17 août 1896, Mon. des J. de P., 1897, p. 211.

3. Req., 1^{er} août 1871, D. P. 71. 1. 148.

4. Civ., 17 novembre 1896, D. P. 97. 1. 423. — Civ., 8 mars 1897, D. P. 97. 1. 423.

En sens inverse, si le propriétaire qui jouit du droit de passage abandonne la voie habituelle pour une autre plus dommageable, et aggrave ainsi la servitude, le propriétaire du fonds servant pourra agir en complainte ¹. Il en sera de même, à plus forte raison, si le propriétaire du fonds enclavé veut se mettre en possession du passage de sa propre autorité, sans avoir une jouissance annale ².

Il faut signaler enfin une règle exceptionnelle qui résulte de l'article 684 du Code civil : lorsque l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite de vente, d'échange, de partage ou de tout autre contrat, l'assiette de la servitude devra être établie sur les terrains qui ont fait l'objet des dits actes et les faits de passage accomplis par le propriétaire de la portion enclavée sur d'autres terrains ne pourraient pas lui servir de base à une action en complainte ³.

Mais, cette exception doit être limitée au cas prévu par l'article 684, c'est-à-dire au cas de morcellement d'un héritage opéré par la volonté des parties. Ainsi, lorsque la parcelle enclavée dépendant d'une communauté de biens entre époux a été attribuée par la liquidation partage de cette communauté, à la veuve survivante, et que les parcelles contiguës, constituant des propres du mari ont été recueillies par les héritiers ab intestat de celui-ci, la servitude de passage en cas d'enclave n'est pas nécessairement et à l'exclusion de tout autre bien assise sur ces parcelles qui, en leur qualité de propres du mari, sont restées complètement étrangères au partage de la communauté ⁴.

1. Civ., 24 juin 1828, précité.

2. Civ., 15 juillet 1845, D. P. 45. 1. 312.

3. Civ., 17 novembre 1896 et 8 mars 1897 (précités). — Civ., 31 juillet 1923 D. P. 1926. 1. 62.

4. Civ., 17 novembre 1896 et 8 mars 1897 (précités).

Nous avons examiné les principales questions touchant à la protection possessoire des servitudes naturelles et légales. Il nous reste à voir quelles sont les conditions de cette protection en ce qui concerne les servitudes conventionnelles.

CHAPITRE III

PROTECTION POSSESSOIRE DES SERVITUDES CONVENTIONNELLES

Nous savons que, en dehors des servitudes naturelles qui existent par la force même des choses puisqu'elles résultent de la disposition naturelle des lieux, et des servitudes légales qui trouvent leur source dans une disposition plus ou moins arbitraire du législateur, il y a une troisième catégorie de servitudes que le Code appelle des servitudes établies par le fait de l'homme. Elles peuvent être en nombre infini et avoir les buts les plus variés. L'article 686 qui les prévoit dit en effet : « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. »

L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue ; à défaut de titre par des règles prévues par le Code.

Donc, et sauf le respect des deux règles prévues par l'article 686, on peut établir par convention toutes sortes de servitudes : de vue, de passage, d'abreuvement, de pacage, d'arrosage, de bâtir en respectant certaines dimensions ou de ne pas bâtir, etc. Toutes ces servitudes peuvent

résulter d'un contrat ou d'un testament. On peut également les acquérir par la prescription ou la destination du père de famille. Mais nous avons vu que seules les servitudes continues et apparentes sont susceptibles d'être acquises par la prescription. Toutes les servitudes, qu'elles soient continues et apparentes ou discontinues et non apparentes, peuvent être acquises par titre, contrat (vente, donation, etc.), ou testament, mais seules les servitudes continues et apparentes à la fois, peuvent être acquises par prescription. Quant à la destination du père de famille, nous savons quelles servitudes elle permet d'acquérir.

Dès lors, quelles vont être les règles de la protection possessoire des servitudes du fait de l'homme ? Les servitudes à la fois continues et apparentes devaient, évidemment, pouvoir servir de fondement à l'exercice des actions possessoires, et la jurisprudence l'a admis. Quant aux servitudes discontinues ou non apparentes, n'étant pas susceptibles de possession, puisque si la servitude est discontinue, il n'y a pas d'état de fait qui subsiste et si la servitude est non apparente, il n'y a pas de fait extérieur capable de fonder la prescription, elles ne devaient pas pouvoir donner lieu à la protection possessoire pas plus qu'elles ne pouvaient être l'objet d'une prescription acquiescive. C'est encore ce qu'a admis la jurisprudence, mais avec une restriction importante : si la servitude discontinue ou non apparente est appuyée sur un titre, elle pourra servir de fondement aux actions possessoires selon les règles du droit commun, c'est-à-dire pourvu qu'il y ait possession annale paisible, publique et non équivoque. Nous allons entrer dans le détail de cette jurisprudence.

§ I. — SERVITUDES CONTINUES ET APPARENTES

En ce qui concerne les servitudes conventionnelles qui sont à la fois continues et apparentes, il y aura peu de choses à dire. En effet, ces servitudes étant prescriptibles, leur possession peut incontestablement donner lieu aux actions possessoires. La jurisprudence l'a de tout temps admis.

L'application de ce principe a lieu le plus souvent, en pratique, à l'occasion des servitudes ayant trait à l'usage des eaux. Ainsi en est-il de la servitude de prise d'eau et de la servitude d'aqueduc. Évidemment, il faut que la servitude soit apparente et pour cela, que la prise d'eau soit manifestée par des travaux apparents destinés à faciliter l'écoulement des eaux, et, en ce qui concerne la servitude d'aqueduc, il faut qu'elle s'exerce au moyen d'ouvrages apparents, rigoles ou conduites ¹. Ces travaux ou ouvrages doivent être effectués depuis plus d'un an sur le fonds supérieur, mais cette condition n'est que l'application des règles générales d'exercice des actions possessoires. Quant à la condition de continuité, s'il s'agit de l'écoulement des eaux, elle se trouve forcément réalisée par le passage des eaux sans intervention de l'homme, dans les canaux ou rigoles effectués pour les recueillir et les conduire d'un fonds sur l'autre. Mais, il peut arriver que le fonctionnement de la rigole ou du canal de dérivation nécessite l'abaissement de certaines vannes et dans ce

1. Civ., 13 décembre 1897, 1896. D. P. 1. 110. — Civ., 1^{er} juillet 1872, D. P. 1872, 1. 297. — Civ., 6 août 1872, D. P. 1872, 1. 240. — Civ., 10 février 1885, D. P. 1887, 1. 263.

Voir aussi Duranton, V^o 632 et 633. — Pardessus, II, 325 et 330. — Belime, n^o 255. — Demolombe, XII, 941. — Curasson, II n^o 696. — Garsonnet, I, § 132. — Garnier, p. 380. — Planiol et Ripert, Traité élém., t. I, p. 974.

cas, l'eau ne circulant que par intermittence et ne pouvant s'écouler que par le fait d'un propriétaire, on pouvait se demander si la servitude ne présentait pas un caractère de discontinuité s'opposant à l'exercice des actions possessoires. La Cour de cassation ne l'a pas admis¹ et elle a estimé que la nécessité d'abaisser certaines vannes pour livrer passage à l'eau ne constituait pas l'exercice d'une servitude distincte et discontinue, mais simplement l'accessoire de la servitude de prise d'eau. De même, s'il s'agit d'une servitude d'arrosage s'exerçant au moyen d'un barrage présentant le caractère d'un ouvrage apparent et appuyé sur le fonds voisin, cette servitude pourra malgré l'intermittence de cet exercice donner lieu aux actions possessoires. Il y a dans ce sens un arrêt de la Chambre des requêtes². A première vue, cette décision semble surprenante. Certes une servitude n'a pas besoin pour être continue d'être continuelle, et l'on pourrait objecter d'autre part, que, une fois le passage ouvert, les eaux coulent d'elles-mêmes pour l'irrigation ou l'arrosage, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme ; mais il n'en reste pas moins que c'est le fait de l'homme qui livre passage aux eaux et que sans ce fait les eaux ne couleraient pas malgré l'existence de canaux ou de rigoles destinés à les recueillir. Mais à cela on répond que si la servitude a besoin pour entrer en exercice de la main du maître, à partir du moment où elle est entrée en exercice elle fonctionne d'elle-même sans le fait actuel de l'homme. Il suffit qu'elle s'exerce d'elle-même, une fois les choses placées dans l'état que suppose la servitude, pour qu'elle soit continue. Cette solu-

1. Civ., 18 juin 1851, D. P. 51. 1. 296. — Civ., 5 décembre 1856, D. P. 56. 1. 22.
— Civ., 6 août 1872, D. P. précité. — Civ., 22 novembre 1892, D. P. 94. 1. 145.

2. Req. 6 novembre 1871, D. P. 72. 1. 292.

tion peut se déduire de nombreux arrêts et elle est constante aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence.

Les servitudes de vue sont avec les servitudes ayant trait à l'usage des eaux, celles dont la possession donne lieu, en pratique, au plus grand nombre de contestations. Le principe est cependant incontestable ; la servitude de vue est évidemment une servitude continue et apparente et comme telle elle est prescriptible et peut donner lieu aux actions possessoires. Cette servitude peut s'exercer au moyen de fenêtres ou de balcons situés plus près de la propriété voisine que la loi ne le permet. Dans ce sens, il a été jugé que la vue qui s'exerce sur le fonds du voisin au moyen d'une terrasse construite de main d'homme constitue une servitude continue et apparente susceptible de faire l'objet d'une action possessoire ¹.

Il faut noter cependant que s'il s'agissait d'un jour de tolérance, l'action possessoire ne serait pas possible ².

§ II. — SERVITUDES CONTINUES NON APPARENTES ET SERVITUDES DISCONTINUES

Pour les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes, la jurisprudence distingue, au point de vue de l'exercice des actions possessoires, celles qui sont fondées sur un titre et celles qui s'exercent sans titre. Elle admet la protection possessoire pour les premières et elle la refuse aux secondes. Il faut étudier cette jurisprudence pour en dégager les raisons et préciser ses conditions d'application.

1. Civ. 28 décembre 1863, D. P. 64. 1. 103.

2. Civ., 24 janvier 1893, D. P. 93. 1. 166.

A. — *Servitudes exercées sans titre.*

Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titre. La prescription ne s'applique qu'aux servitudes continues et apparentes. Nous aurons l'occasion de critiquer la nécessité de cette double condition qui complique beaucoup la matière des servitudes. Mais, cette règle étant posée par la loi elle-même, dans l'article 690 du Code civil, la jurisprudence a été amenée à dire que les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes n'étaient pas susceptibles d'une possession utile non seulement pour la prescription acquisitive, mais encore pour l'exercice des actions possessoires. Dans un cas comme dans l'autre, l'existence d'un titre sera indispensable.

La raison que donne la jurisprudence pour repousser le caractère utile de la possession des servitudes qui ne sont pas apparentes et continues, est simple : cette possession est entachée de précarité. Les rapports de bon voisinage supposent de nombreux actes de tolérance. Il ne faut pas que ces actes de tolérance puissent fonder des servitudes comme s'ils étaient exercés en vertu d'un droit. Or si, en ce qui concerne les servitudes continues et apparentes, le propriétaire du fonds servant peut s'apercevoir du danger, il serait à craindre qu'il se préoccupe moins de l'exercice des servitudes discontinues et non apparentes ; il est davantage porté à les considérer comme des actes de simple tolérance de sa part. Aussi, la possession annale de ces servitudes, si elle n'est appuyée sur aucun titre, ne pourra pas servir à l'exercice des actions possessoires.

La jurisprudence est nombreuse en ce sens et elle n'a jamais varié ¹.

Elle trouve surtout à s'appliquer au droit de passage. Le droit de passage sur le terrain d'autrui, est sauf dans le cas d'enclave où il devient une servitude légale, une servitude discontinue qui ne peut s'acquérir que partitre. L'action possessoire ne lui est donc pas applicable ². Dans plusieurs arrêts où l'action possessoire n'a pas été admise, on trouve parmi les motifs qu'aucun signe apparent ne révélait l'existence, sur le fonds servant du chemin où se seraient exercés les actes de passage ³, mais cela ne veut pas dire que si le chemin avait été apparent l'action possessoire aurait été recevable. En effet, la servitude aurait cessé d'être non apparente, mais elle serait restée discontinue et partant, insuffisante pour bénéficier de la protection possessoire. Le fait que les actes de passage n'avaient eu lieu sur aucun chemin tracé était un argument de plus pour rejeter la prétention de celui qui voulait faire protéger un droit de passage, exercé à titre de tolérance et qui n'avait laissé aucune trace.

En ce qui concerne le droit de passage, signalons une difficulté particulière qui a été tranchée par la Cour de cassation ⁴. Le riverain d'un cours d'eau était obligé, à raison de l'escarpement de son propre fonds, de passer pour

1. Req., 7 juillet 1852, D. P. 52. 1. 267. 26 décembre 1865, D. P. 66. 1. 220. — Civ. 6 décembre 1871, C. P. 71. 1. 275; 15 juillet 1878, D. P. 79. 1. 131. — Req., 21 août 1883, D. P. 85. 1. 7. — Civ., 17 juin 1885, D. P. 86. 1. 323. — Civ., 1^{er} juillet 1890, D. P. 9. 1. 355; 26 juin 1888, D. P. 88. 1. 308. — Req., 27 juillet 1891, D. P., 92. 1. 385. — Voir aussi dans ce sens Aubry Rau, t. 2 § 185, p. 192. — Beline, n° 256. — Curasson, Poux-Lagier et Pialat, t. II, p. 697. — Garsonnet, t. I, § 356, p. 601. — Pabon, t. IV, p. 4471. — Planiol et Ripert, *Traité élém.*, t. I, p. 974.

2. Civ., 25 juin 1860, D. P. 60. 1. 284.

3. Req., 6 novembre 1889, D. P. 91. 1. 389. — Req., 13 juillet 1897, D. P. 98. 1. 247.

4. 10 décembre 1862, D. P. 63. 1. 45.

l'exercice de son droit de riverain sur le fonds d'un autre riverain et il prétendait que le droit de passage qu'il exerçait ainsi, n'étant que l'accessoire de son droit de riverain, était susceptible comme lui d'action possessoire. Mais la Cour de Cassation ne l'a pas admis; elle a maintenu à ce droit de passage son caractère de discontinuité et comme tel lui a refusé la protection possessoire.

Comme le droit de passage, le droit de puisage d'eau sur le terrain d'autrui constitue une servitude discontinue et ne peut pas être protégé par l'action possessoire. Mais les questions de puisage d'eau sont souvent compliquées du fait que le demandeur se présente non seulement comme possesseur, mais comme propriétaire ou co-propriétaire. Nous verrons tout l'intérêt de la distinction. En matière de puisage d'eau, elle présente une importance spéciale parce que, en pratique, l'action sera engagée fréquemment en prenant pour base la co-propriété et alors elle sera recevable si les faits établissant cette propriété sont constants. La Cour de cassation l'a admis dans plusieurs arrêts. Ainsi celui qui possède un puits depuis plus d'un an pourra exercer la complainte pour faire cesser le trouble apporté à sa possession, si cette possession a lieu à titre de co-propriétaire. Cette co-propriété pourra être prouvée par tous les moyens; elle résultera notamment des faits : de travaux d'installation, de curage et d'entretien du puits prouvant l'acquisition ancienne de la possession (*animo domini*)¹ ou bien celui qui revendique la propriété du puits a fait défense au voisin de s'en servir et celui-ci a obtempéré², et comme par ailleurs, il a entretenu le puits comme un propriétaire, il pourra exercer

1. Req., 7 avril 1894, D. P. 94. 1. 393.

2. Trib. civ. Bazas, 13 août 1894, D. P. 95. 2. 423.

la complainte. Dans ce cas, il ne s'agit plus de l'exercice d'une servitude, mais du droit de propriété lui-même. Évidemment, il faudra que le demandeur justifie d'actes de possession dans l'année précédant le trouble, mais il ne faut pas confondre ces actes de possession avec les actes servant à fonder la propriété que nous avons signalés. Ces actes (installation, entretien du puits) caractérisant la possession et lui donnant l'*animus domini*, peuvent être bien antérieurs aux actes de possession que constituent les faits de puisage, qui par eux-mêmes ne forment que l'exercice d'une servitude discontinue, ces derniers seuls, doivent nécessairement avoir été exercés dans l'année avant le trouble ; ils suffiront à faire revivre les précédents. Seulement une nouvelle difficulté surgit qui s'est présentée à la jurisprudence ; le demandeur qui invoque un droit de co-propriété résultant de ce que lui ou ses auteurs ont creusé le puits'ou l'ont curé et entretenu pendant plus de trente ans, peut-il invoquer ces faits pour fonder l'action possessoire, quelle que soit leur antériorité par rapport aux actes de possession ne constituant que l'exercice d'une servitude discontinue, qui aurait eu lieu dans l'année précédant le trouble ? La Cour de cassation ne l'a pas admis et, dans un arrêt du 17 décembre 1932, elle a décidé que, si à l'époque de l'action le droit de co-propriété avait cessé depuis un temps très long d'être exercé, il n'était pas possible de rattacher à la possession ancienne dont ce droit de co-propriété était l'objet, les faits de puisage et d'abreuvement invoqués à l'appui de la complainte¹. L'arrêt semble dire que la possession trentenaire et *animo domini* du demandeur ayant cessé pendant un grand nombre d'années, les faits de puisage et d'abreuvement articulés dans

1. Civ., 17 décembre 1862, D. P. 63. 1. 33.

l'instance possessoire se trouveront, à cause de cela, sans lien direct avec la possession abandonnée. Cette décision nous paraît arbitraire et peu fondée. A combien d'années pourront remonter les faits constitutifs de la possession *animo domini* ? Ensuite de deux choses l'une, ou bien le demandeur a possédé utilement *animo domini* pendant plus de trente ans et il est devenu propriétaire, la prescription équivalant au titre, et le droit de propriété ne se perdant pas par le non-usage, ou bien il n'a pas une possession suffisante pour fonder l'acquisition de la propriété et dans ce cas le seul exercice d'actes constitutifs d'une servitude discontinue ne pourra pas fonder une action possessoire ; mais si la propriété ou la co-propriété est prouvée et si on admet que jointe à des actes de possession annale elle peut donner lieu à la complainte, le temps écoulé entre les actes qui ont fondé la propriété et les derniers actes de possession doit être sans influence, sauf à reconnaître à d'autres propriétaires le même droit s'ils rapportent les mêmes preuves.

Des servitudes d'usage d'eaux il faut rapprocher la servitude d'égout des eaux. Sur ce point, la jurisprudence a adopté un système très logique. Elle fait varier le caractère de la servitude suivant la nature des eaux qui s'écoulent. S'il s'agit de l'écoulement des eaux pluviales, la servitude est continue, parce que, quoique la pluie tombe par l'intermittence, chaque fois qu'il pleuvra, la servitude s'exercera sans intervention du propriétaire. Au contraire, s'il s'agit d'eaux ménagères, la servitude sera discontinue parce que l'eau ne coulera que si on la verse ; il faudra le fait actuel de l'homme ¹. Aussi par application des règles

1. Cass., 17 février 1875, D. P. 76. 1. 504.

générales, la jurisprudence a refusé la protection possessoire à la servitude d'évier, cette servitude ayant pour destination spéciale l'écoulement des eaux ménagères, et étant comme telle discontinue¹.

Telles sont les règles de la jurisprudence ; elles ne s'appliquent pas seulement aux cas spéciaux que nous venons d'examiner mais à toutes les servitudes qui ne sont pas à la fois apparentes et continues : servitudes de pacage ou de pâturage², de lavage, d'extraction de matériaux, etc.

Il suit de ce que nous venons de dire que, si la servitude est discontinue il importe peu, par ailleurs, qu'elle soit manifestée par des travaux apparents. Les deux conditions d'apparence et de continuité doivent se trouver réunies. Les termes de l'article 691 sont formels : une servitude discontinue, fût-elle apparente, n'est pas susceptible de prescription et par conséquent d'action possessoire³.

Il convient également d'étendre à toutes les servitudes ce que nous avons signalé à propos de la servitude de puisage d'eau : l'action possessoire peut être relative à une servitude ou à la propriété ; la servitude, en effet, peut être exercée *jure servitutis* ou *jure domini* et il est important de bien préciser l'objet de la demande parce que suivant le caractère attribué à la possession, l'action possessoire sera recevable ou ne le sera pas. Si le demandeur s'appuie sur le seul fait de l'exercice du puisage, du passage ou du pacage à titre de servitude et sur la possession annale de ce droit, sa demande sera rejetée. Il faudra un titre pour détruire la présomption de précarité de la possession.

1. Req., 19 juin 1865, D. P. 65. 1. 478. — Req., 17 octobre 1875, D. P. 76. 1. 504

2. Req., 16 juillet 1900, D. P. 1900. 1. 461.

3. Nîmes, 1^{er} juillet 1845, D. P. 46. 2. 61. — Civ., 9 mars 1846, D. P. 46. 1. 101. — Civ., 6 décembre 1871, D. P. 71. 1. 275.

Mais, si la même personne au lieu d'assigner à sa demande la base que nous venons d'indiquer, prétend prouver être propriétaire du terrain, l'action possessoire sera recevable car elle aura pour objet la possession d'un fonds ou d'une partie d'un fonds et non plus le simple exercice d'une servitude discontinue. La jurisprudence a fait de nombreuses applications de ce principe. Nous avons vu celle qui a trait au droit de puisage d'eau. La solution est la même qu'il s'agisse d'un puits, d'un bassin ou d'un réservoir. Ainsi il a été jugé ¹ que l'action en complainte peut avoir pour objet la possession des eaux d'un réservoir si le demandeur prétend y avoir droit non pas à titre de servitude, mais de propriété. La même solution peut être étendue à toutes les servitudes ayant pour objet la possession des eaux.

Mais c'est en matière de droit de passage que la question s'est présentée le plus souvent devant les tribunaux. Là encore il faudra préciser la base de la demande. En effet, il est hors de doute que si une servitude de passage ne peut être établie que par titre, la co-propriété d'un chemin peut l'être par prescription ² et, dès lors, l'action possessoire sera recevable. La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette règle ³. La grande difficulté qui se présentera sera de rechercher soigneusement si les actes de jouissance accomplis sur un chemin sont suffisants pour constituer à eux seuls la possession du fonds même de la voie ou si au contraire, ils ne constituent que de simples

1. Req., 26 janvier 1876, D. P. 77. 1. 259.

2. Req., 7 février 1883, D. P. 84. 1. 128. — Req., 6 novembre 1888, D. P. 89. 1. 230.

3. Req., 29 avril 1852, D. P. 52. 1. 234. — Req., 2 juillet 1862, D. P. 62. 1. 355. — Req., 25 mars 1863, D. P. 63. 1. 415. — Req., 2 février 1875, D. P. 77. 1. 259. — Req., 14 mai 1877, D. P. 78. 1. 39. — Civ. 16 juillet 1877, D. P. 78. 1. 365.

actes de passages exercés à titre de servitude. C'est au juge du fait qu'il appartiendra de faire cette distinction. Il sera toujours libre de déclarer qu'il y a précarité de la possession et, en principe, son appréciation à cet égard sera souveraine. Ainsi en présence de travaux apparents : construction du chemin et empiérement de la chaussée, effectués par le demandeur, les juges du fait pourront décider que ces travaux n'avaient pour objet que de faciliter l'exercice du passage, qu'ils ne peuvent pas être considérés isolément et indépendamment de la servitude et que par suite, ils n'ont pu donner lieu au profit du demandeur à une possession utile, lui permettant de recourir à une action possessoire ¹. Cependant, la décision des juges du fait n'échapperait pas à la censure de la Cour de cassation si la solution qu'elle consacre se trouvait implicitement contredite par des constatations de fait retenues dans la sentence elle-même ².

B. — *Servitudes continues non apparentes et servitudes discontinues fondées sur un titre.*

En principe, les servitudes qui ne sont pas à la fois apparentes et continues, ne peuvent pas donner lieu aux actions possessoires. Mais, il est dérogé à cette règle lorsque la servitude est fondée sur un titre. Dans ce cas, qu'elle soit non apparente ou discontinue, elle est cependant susceptible de la protection possessoire. Le titre efface la présomption de précarité et la possession devient utile. Cette exception se trouvait déjà formulée dans Pothier ³.

1. Cass., 9 juillet 1918, S. 1920. 1. 115.

2. Civ., 2 décembre 1844, D. P. 45. 1. 41. — Req., 26 janvier 1876, D. P. 77, 1. 259.

3. De la possession, nos 90 et 91.

Une jurisprudence très ancienne l'a admise et elle s'est constamment maintenue¹ sans aucune variation. On ne peut que renvoyer aux multiples arrêts rendus à ce sujet. Ils se ramènent tous à la même formule : l'action possessoire en maintenance de la jouissance plus qu'annale d'une servitude discontinue ou non apparente, n'est recevable qu'autant que cette servitude est exercée en vertu d'un titre et conformément à ce titre.

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par titre. La jurisprudence est assez large, et elle admet facilement l'existence d'un titre. Cette facilité se manifeste à deux points de vue que nous étudierons : d'une part, la jurisprudence n'exige pas un acte juridique spécial pour les servitudes dont la constitution est autorisée par la loi, à côté du titre conventionnel, elle admet le titre légal ; d'autre part, quand le titre est un acte particulier, il n'est pas nécessaire qu'il fasse preuve complète de l'existence du droit, il suffit qu'il le rende vraisemblable.

Sur le premier point, il n'y a pas de controverse quant au principe lui-même ; le titre peut être conventionnel ou légal².

Mais, il faut préciser ce qu'on entend par titre légal. Quand la constitution d'une servitude est autorisée par la loi, la jurisprudence considère que leur possession est

1. Civ., 24 juillet 1810, R. 449. — 6 juillet 1812, R. 761. — Req., 2 mars 1820, R. 449. — Civ., 17 mai 1820, R. 449. — Civ., 30 mars 1830, R. 630. — 9 mai 1831, R. 453. — Req., 27 mars 1866, D. P. 66. 1. 339. — 23 avril 1872, D. P. 74. 1. 155. — Req., 5 juin 1872, D. P. 72. 1. 231. — Civ., 9 août 1886, D. P. 87. 1. 38. — Req., 13 juillet 1888, D. P. 89. 1. 196. — Civ., 13 mars 1889, D. P. 89. 1. 379. — Req., 30 juillet 1889, D. P. 90. 1. 427. — 12 mars 1890, D. P. 90. 1. 447. — Civ., 1^{er} juillet 1890, D. P. 90. 1. 355. — Req., 27 juillet 1891, D. P. 92. 1. 385. — Civ., 14 avril 1893, D. P. 93. 1. 154. — Aubry et Rau, t. II, § 185, p. 601. — Demolombe, t. XII, p. 945 et s. — Curasson, t. II, p. 698 et s. — Garsonnet, t. I, p. 601. — Planiol et Ripert, *Traité élém.*, t. I, p. 974.

2. Civ., 5 juin 1872, D. P. 72. 1. 231. — Civ., 17 juin 1885, D. P. 86. 1. 323.

fondée sur un titre légal ¹. Ainsi en est-il pour les servitudes légales des articles 642, § 3, et 643 ou pour le passage en cas d'enclave. Il en est de même pour les servitudes discontinues établies par la destination du père de famille conformément à l'article 694. Tous ces cas se sont présentés à la jurisprudence.

Le titre légal a été reconnu par un arrêt très ancien de la Cour de cassation ², pour la protection de la possession par les habitants d'une commune des eaux d'une source. Le propriétaire de la source en avait intercepté l'accès au moyen d'une clôture établie à l'endroit où les habitants en faisaient usage. Il a été jugé que ces travaux pouvaient être assimilés au détournement du cours de la source prévu par l'article 693 du Code civil et donner lieu à une action possessoire, les habitants ayant depuis plus d'un an l'usage des eaux.

Mais c'est surtout en ce qui concerne le passage en cas d'enclave que s'est manifestée l'existence du titre légal³. L'enclave constitue incontestablement un titre légal, seulement, il faut noter une conséquence de ce titre, fondé sur l'enclave, qui a été rappelée par un arrêt récent ⁴. Si l'enclave vient à cesser, la servitude de passage devra cesser; l'état de fait qui était la cause juridique de la charge imposée au fonds servant, venant à disparaître, il n'y a plus de raison pour que persiste cette charge. Mais il peut en être différemment s'il y a prescription.

1. Req., 19 décembre 1854, D. P. 55. 1. 73. — Req., 25 juin 1860, D. P. 60. 1. 284. — Req., 3 décembre 1878, D. P. 79. 1. 150. — Req., 2 mai 1919, S. 1920. 1. 184.

2. 19 décembre 1854, D. P. 55. 1. 73.

3. Req., 3 décembre 1878, D. P. 79. 1. 150. — Req., 14 mai 1881, D. P. 82. 1. 86. — Req., 10 décembre 1906, D. P. 1907. 1. 288. — Req., 2 mai 1919, S. 1920. 1. 184.

4. Civ. 22 février 1922, D. P. 1925. 1. 80.

La prescription ne vise pas ici, évidemment, l'acquisition du droit de passage. Il faut admettre que la possession trentenaire a eu pour effet de fixer définitivement, à défaut de règlement conventionnel ou judiciaire, l'assiette et le mode d'exercice de la servitude, conformément à l'article 685 du Code civil. De la sorte, on explique que la servitude ainsi déterminée puisse subsister après la cessation de l'enclave. En effet, c'est l'enclave qui a déterminé la servitude de passage, mais, cette servitude après un long temps d'exercice continu est devenue l'accessoire du fonds sur lequel elle a été constituée et l'on peut considérer qu'elle fait partie intégrante de ce fonds. Il y a plusieurs arrêts en ce sens ¹. Aussi, il est admis par la jurisprudence et hors de controverse aujourd'hui, que si la possession telle qu'elle a été exercée pendant trente ans, dans l'hypothèse que nous avons envisagée, vient à être troublée, l'action possessoire sera recevable selon les règles du droit commun.

Constitue enfin un titre légal l'existence d'un signe apparent joint à la destination du père de famille conformément à l'article 694 du Code civil ². Mais, pour que ce titre légal puisse servir de fondement à une servitude discontinue, il faut que soient réunies plusieurs conditions.

La première, c'est que la servitude discontinue dont la maintenance est demandée ait été réellement établie par l'auteur commun avec signes apparents, pendant qu'il était propriétaire des deux fonds. Cette condition ne présente pas de difficulté.

Elle ne suffit pas pour la recevabilité de l'action posses-

1. Civ., 19 juin 1872, D. P. 72. 1. 258. — Civ., 26 août 1874, D. P. 75. 1. 124. — Civ., 21 avril 1875, D. P. 75. 1. 480. — Civ., 24 novembre 1880, D. P. 81. 1. 71.

2. Civ., 5 juin 1872, D. P. 72. 1. 231.

soire. Il faut en outre que l'acte de division des fonds soit représenté. Sans cela le juge du possessoire ne pourrait pas admettre la plainte malgré la réunion des autres conditions. Ainsi, dans une affaire qui a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation le 17 juin 1885 ¹ une instance en complainte avait été engagée pour faire cesser le trouble apporté à l'exercice plus qu'annal d'un passage à travers une haie. Il y avait dans la haie une barrière mobile, donc, signe apparent. D'autre part, le demandeur invoquait la destination du père de famille. Néanmoins, son action a été repoussée parce que l'acte de partage n'était pas représenté. Pourquoi cette exigence ? Parce que le juge du possessoire doit prendre connaissance de l'acte de division des héritages pour en apprécier les clauses relativement au débat sur la possession. Il doit notamment s'assurer que cet acte ne contient aucune clause impliquant que la servitude doit cesser. Évidemment son appréciation est bornée à la question de possession ; il n'a pas qualité pour prononcer sur le fonds du droit ; mais pour déterminer le caractère de la possession par rapport à l'acte, son pouvoir est souverain ².

Il nous reste à faire à propos du titre légal résultant de la destination du père de famille, une observation qui découle du caractère de cette institution. On sait, en effet, que l'existence d'un signe apparent est nécessaire pour permettre la destination du père de famille. Dès lors, il est clair que seule une servitude discontinue mais apparente pourra s'appuyer sur un pareil titre. Une servitude qui serait à la fois discontinue et non apparente ne pourrait être exercée en vertu de ce titre. La règle va de soi. Elle

1. Civ., 17 juin 1885, D. P. 86. 1. 323. — Civ., 13 juillet 1883, D. P. 84. 1. 316.

2. Req., 2 mai 1876, D. P. 78. 1. 63.

a été consacrée en ce qui concerne la servitude de puisage par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation ¹. Il faut l'étendre à toutes les servitudes de la même catégorie.

Ce que nous avons dit du titre légal montre qu'il n'interviendra que dans des hypothèses peu nombreuses et limitées par la loi, pour fonder la protection possessoire des servitudes discontinues ou non apparentes. Beaucoup plus fréquemment, c'est un titre conventionnel qui sera produit. Et à propos de ce titre, il faut examiner une série de difficultés que la jurisprudence a eu à résoudre.

Rappelons que le titre dont il s'agit ici a le sens d'acte juridique (*negotium*) et non pas d'écrit ou acte probatoire (*instrumentum*). Il comprend à la fois les contrats et les testaments. La servitude peut donc résulter d'une vente, d'une donation ou d'un legs. Mais de qui doit émaner le titre constitutif de la servitude pour pouvoir, à l'aide de cet acte, réclamer la protection possessoire ? Il y a deux systèmes opposés. Suivant une première opinion qui a été admise par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 15 juillet 1878 ² et par une partie importante de la doctrine ³, le titre produit doit émaner de celui qui était propriétaire du fonds servant au moment de la constitution ou de la reconnaissance de la servitude. « Un titre émané à *non domino* serait insuffisant, dit Garsonnet, car il ne détruirait pas la présomption que le propriétaire du fonds servant n'a supporté l'exercice de la servitude non apparente que par ignorance et celui de la servitude dis-

1. Civ., 8 mars 1886, S. 1886.1. 208.

2. Civ., 15 juillet 1878, D. P., 79.1. 121.

3. Aubry et Rau, t. II, p. 193. — Garsonnet, t. I, § 365, note 7. — Demolombe, t. XII, n° 952.

continue que par esprit de tolérance et de bon voisinage : la preuve, c'est que les servitudes de cette espèce ne s'acquièrent pas par prescription, quand même leur possession serait soutenue par un titre. » — « Si un titre émané à *non domino*, écrivent Aubry et Rau, peut, jusqu'à un certain point, faire disparaître la présomption de précarité dans la personne de celui qui exerce une servitude discontinue, il est cependant insuffisant pour écarter toute idée de tolérance de la part du propriétaire du fonds prétendu assujetti. C'est évidemment par ce motif que les servitudes discontinues ne sont pas susceptibles de s'acquérir par usucapion. » — Par application de ce principe, l'arrêt du 15 juillet 1878 a repoussé l'action possessoire parce que le titre invoqué à l'appui d'une servitude discontinue était étranger au propriétaire du fonds servant. Et le propriétaire dont il s'agit ici, c'est évidemment le véritable propriétaire. Ajoutons que la plupart des auteurs qui repoussent le titre à *non domino*, étendent leur décision même au cas où ce titre aurait été accompagné d'une contradiction opposée au propriétaire du fonds prétendu servant. « Le silence que ce propriétaire aurait gardé, disent Aubry et Rau, n'a aucune signification, puisque, garanti comme il l'était par le principe de l'imprescriptibilité des servitudes discontinues, la contradiction à lui opposée ne le mettait pas dans la nécessité d'y répondre par une action négatoire. Il n'est donc pas possible de voir dans ce silence une reconnaissance du droit de servitude allégué par l'auteur de la contradiction. »

L'ensemble de ce système qui nous paraît s'imposer, n'est pas hors de controverse. De nombreux auteurs et plusieurs arrêts ont soutenu une opinion contraire¹ ;

1. Civ., 16 juillet 1849, D. P. 49. 1. 193. — Civ., 15 juillet 1878, S. 79. 1. 272.

l'exercice d'une servitude discontinue pourrait donner lieu à l'action possessoire alors même qu'elle aurait pour base un titre émané à *non domino*. Cette formule résulte, notamment, d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 16 juillet 1849. Il y est affirmé de façon évidente que le titre servant de base à la servitude discontinue peut émaner de la personne qui passe pour être propriétaire du fonds servant, c'est-à-dire du propriétaire apparent de ce fonds. Un tel titre sera suffisant pour effacer la présomption de précarité. Mais, il faut remarquer qu'il s'agit uniquement du propriétaire véritable ou apparent du fonds servant. Un titre émané du propriétaire du fonds dominant ne pourrait pas servir de fondement à l'action possessoire. Enfin le titre, qu'il vienne du propriétaire véritable ou du propriétaire apparent, et plus particulièrement, s'il vient à *non domino*, doit être un titre constitutif.

Ainsi la simple énonciation d'une servitude discontinue ne suffirait pas. L'article 695 du Code civil exige expressément en matière de servitudes imprescriptibles ou bien un titre constitutif, ou bien pour le remplacer un titre reconnaissant de la servitude, émané du propriétaire du fonds asservi. La loi reconnaît le titre constitutif ou à défaut le titre reconnaissant, mais jamais l'énonciatif alors même qu'il émanerait de celui à qui on l'oppose. Toutefois il faut bien remarquer que si la simple énonciation d'une servitude discontinue ne suffit pas pour constituer un titre, il faut entendre par là la seule énonciation.

Si à cette énonciation il s'ajoutait une mention se rap-

— Civ., 13 mars 1889, D. P. 89. 1. 379. Voir aussi : Béline, n° 256 et s. — Bourbeau, t. VII, n° 333. — Wodon, t. II, n° 494. — Demante, t. II, n° 546 — Curasson, t. II, p. 396-398.

portant à la servitude, et de nature à prouver son existence il y aurait un véritable titre constitutif de servitude. Ainsi la simple énonciation d'une servitude de passage n'est pas un titre suffisant. Mais si, outre cette énonciation, le chemin sur lequel cette servitude est exercée, est désigné dans les titres de propriété du défendeur et s'il est mentionné qu'il conduit à la propriété du défendeur on pourra voir là un titre suffisant pour constituer la servitude. La question est de savoir quelles énonciations peuvent être considérées comme constitutives. Nous la retrouverons en son temps. — En tout cas un acte dont l'auteur ne serait ni le propriétaire véritable ni le propriétaire apparent du fonds servant serait inefficace. Nous avons déjà vu que la jouissance d'une servitude discontinue est affectée de précarité et n'autorise pas la complainte lorsqu'elle repose sur un titre émané du maître du fonds dominant, par exemple sur la simple énonciation de la servitude dans l'acte de vente de ce fonds ¹. Dans le même sens, il a été jugé par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 13 mars 1889 ² qu'un acte constitutif ou reconnaissant émané d'un co-propriétaire indivis du fonds servant ne pouvait servir de base à la complainte et être opposable au défendeur que si le constituant, co-propriétaire indivis du fonds servant, avait eu ce fonds dans son lot à la suite d'un partage ou l'avait acquis en entier à tout autre titre et était devenu ensuite l'auteur du défendeur.

Il n'est pas nécessaire, par contre, que le demandeur en complainte ait été partie au titre qu'il invoque. Il suffit que le titre, tel que nous l'avons défini, soit représenté à

1. Civ., 16 juillet 1849, précité.

2. Civ., 13 mars 1889, précité.

l'appui de la servitude discontinue dont on réclame la protection possessoire. Par conséquent, le demandeur pourra arguer du titre d'acquisition du propriétaire du fonds servant s'il s'y trouve une indication suffisante pour fonder l'existence de la servitude prétendue. Il y a dans ce sens un arrêt de la Chambre des requêtes du 7 juin 1847 ¹.

Concluons en disant que le titre exigé pour servir de base à la protection possessoire des servitudes qui ne sont pas à la fois apparentes et continues, peut être légal ou conventionnel ; que l'application du titre légal est limitée par la loi elle-même ; que l'intervention du titre conventionnel est plus générale et doit résulter d'un acte constitutif ou reconnaissant de la servitude ; que cet acte, enfin, doit émaner du propriétaire véritable ou apparent du fonds servant, d'après une opinion ; du propriétaire véritable seulement, d'après un autre système plus généralement admis.

Un titre ne vaut que par les énonciations qu'il contient. Que doit contenir le titre exigé en matière de servitude discontinue pour la protection possessoire ? S'il s'agit du titre légal, il n'y a pas de difficulté mais, si le titre est un acte particulier la question s'est posée de savoir si toutes les énonciations pouvaient justifier l'existence de la servitude et sa protection possessoire. Il fallait déterminer la force probante du contenu du titre, préciser le caractère des énonciations qui devaient obligatoirement être portées dans l'acte. A cet égard, la jurisprudence qui s'est montrée assez large pour admettre l'existence d'un titre en reconnaissant le titre légal à côté du titre conventionnel a facilité plus largement encore la protection possessoire des

1. Req., 7 juin 1847, D. P. 48.1.58.

servitudes en ce qui concerne l'admission de la preuve par les énonciations du titre. Depuis très longtemps la jurisprudence est fixée dans ce sens qu'il n'est pas nécessaire, lorsque le titre est un acte particulier, qu'il fasse preuve complète de l'existence du droit, il suffit qu'il le rende vraisemblable par les énonciations qu'il contient. Cette règle appuyée sur une jurisprudence nombreuse et constante est hors de controverse ¹.

Rien ne permettra mieux d'en apprécier la portée que les formules qui semblent avoir été adoptées définitivement par la jurisprudence.

Un des plus anciens arrêts, celui du 7 juin 1847, est ainsi motivé : « Attendu, en droit, que si la seule possession ne suffit pas pour autoriser celui qui s'en prévaut à exercer l'action possessoire à l'occasion d'une servitude discontinue et si, en pareil cas la production d'un titre est nécessaire pour déterminer la nature ou le caractère de la possession, la loi n'exige pas que ce titre ait assez d'importance pour établir l'existence même du droit de servitude ; qu'au possessoire, il suffit que le titre produit fasse présumer par ses énonciations que la possession a une base plus sérieuse que la tolérance ou la précarité, et qu'elle peut être considérée comme constituant l'exercice d'un droit. » Et, par application de ce principe, la protection possessoire est admise à l'égard d'une servitude de passage parce que le chemin sur lequel cette servitude était exercée, était désigné dans les titres de propriété du défendeur avec mention qu'il conduisait à la propriété du demandeur. Cette énonciation a été jugée suffisante pour que la pos-

1. Req., 7 juin 1847, D. P. 48. 1. 58. — Req., 13 juin 1888, D. P. 89. 1. 196.
— Req., 1^{er} février 1893, D. P. 93. 1. 208. — Req., 5 juillet 1897, D. P. 97. 1. 467.
— Req., 6 janvier 1920, Sirey, 1920. 1. 312.

session litigieuse puisse être estimée à bon droit, exempte de précarité.

Dans l'arrêt du 5 juillet 1897, on trouve la formule suivante qui se rapproche beaucoup de la précédente : « Attendu que si une servitude discontinue et non apparente ne peut aux termes des articles 691 et 695 du Code civil s'établir que par titre, il n'est pas nécessaire pour la recevabilité de l'action en complainte dont elle est l'objet qu'un écrit faisant preuve complète de son existence soit rapporté ; il suffit que l'acte invoqué par le demandeur et opposable au défendeur en conformité de l'article 1347, fasse présumer suivant l'appréciation souveraine du juge, que la possession constatée par les enquêtes n'a pas été l'objet d'une pure tolérance, mais s'est exercée en vertu d'un droit. » Et plus loin on trouve une expression caractéristique du titre qui est exigé pour fonder la protection possessoire : « Attendu qu'il est déclaré par le jugement attaqué que si la convention du 23 octobre 1821 passée entre un sieur V..., et l'auteur des consorts Y..., ne constitue pas un titre pour la Société B..., du moins les stipulations qui y sont contenues *colorent* et caractérisent comme exempte de précarité sa possession plus qu'annale de la servitude litigieuse sur les eaux du canal de L... » Ainsi il suffit que les énonciations de l'acte sur lequel on appuie l'existence de la servitude discontinue ou non apparente, colorent la possession plus qu'annale de cette servitude. Il suffit d'une « teinte » de possession utile.

Les formules que nous venons de citer se retrouvent presque sans modification dans la plupart des arrêts qui consacrent la même solution.

Enfin, la jurisprudence puise dans les règles générales en matière de preuve de conventions un argument pour

admettre avec plus de facilité l'existence des servitudes discontinues ou non apparentes. Elle est depuis longtemps fixée en ce sens que la disposition de l'article 691 du Code civil aux termes duquel « les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titre », ne met pas obstacle à l'application des règles générales en matière de preuve de conventions. Par conséquent, à défaut de titre, les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, peuvent être prouvées par témoins ou par présomption lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit ¹. Cette jurisprudence mérite d'être examinée de près, parce que, à première vue on pourrait croire qu'elle s'accorde mal avec la définition du titre en matière de servitude telle qu'elle ressort de ce qui précède. A cet égard, l'arrêt du 13 juin 1888 de la Chambre des requêtes ² montre bien comment il faut envisager la question. Le pourvoi qui a donné lieu à cet arrêt, faisait observer que le titre sur lequel la possession d'une servitude discontinue, en l'espèce, une servitude de passage, devait être fondée pour servir de base à une action en complainte, ne pouvait pas être un acte quelconque ni émaner d'une personne quelconque ; qu'il ne devait pas se borner à énoncer la servitude, mais qu'il devait être un acte qui, d'une part la constitue ou la reconnaisse et qui, d'autre part soit légalement opposable au propriétaire du fonds servant. Cette règle est indiscutable et résulte de nombreux arrêts que nous avons exa-

1. Cass. civ., 2 juillet 1879, Sirey 1879. 1. 400. — Cass. civ., 8 novembre 1886, Sirey 1890. 1. 385. — Cass. req. 13 juin 1888, D. P. 1889. 1. 196. — Cass. req. 10 juin 1890, Sirey, 1890. 1. 335. — Cass. req., janvier 1920, Sirey, 1920. 1. 312. — Aubry et Rau, 5^e édition, t. III, p. 132. — Laurent t. VIII, n^o 149. — Baudry, Lacantinerie et Chauveau : « Des biens », 3^e éd., n^o 1094.

2. Voir renvoi (1), page précédente (D. P. 89. 1. 196).

minés. Or, dans l'espèce qui a fait l'objet de l'arrêt du 13 juin 1888, un des titres, admis par le jugement attaqué, à l'appui de l'action en complainte, n'était autre que l'acte de vente du fonds dominant, vente consentie non par le propriétaire du fonds prétendu servant ou par ses auteurs, mais par un tiers. Il semblait donc que ce titre ne pouvait être opposé à la partie défenderesse à l'action possessoire. Il y avait bien deux autres titres qui étaient opposables au propriétaire du fonds servant puisqu'ils étaient ses propres actes d'acquisition, mais, le jugement qui les admettait ne les considérait pas comme constitutifs ou recognitifs de la servitude, mais simplement comme fortifiant la présomption qui résultait du premier. Cependant, ces actes ont été admis par la Cour de cassation comme constituant un commencement de preuve par écrit, rendant vraisemblable l'utilité de la possession alléguée et permettant au possessoire comme au petitoire, la preuve par témoin ou par simple présomption. Or, il faut bien remarquer que le jugement attaqué, et maintenu par la Cour de cassation, ne prétendait pas puiser dans le contrat d'acquisition une preuve décisive, mais seulement une simple présomption. Le jugement a constaté non pas une preuve complète par titre, mais un commencement de preuve par écrit. Il pouvait le faire, en effet, au petitoire, pour prouver l'existence d'une servitude discontinue. S'il faut un acte opposable au défendeur, il n'est pas nécessaire que cet acte constitue une preuve complète du droit. Il suffit en vertu de l'article 1347 du Code civil que cet acte constitue un commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable le fait allégué et permettant de compléter la preuve par présomption ou par témoin.

Dès lors, comment ce qui est admis au petitoire ne le serait-il pas au possessoire ? Il faut donc admettre en règle générale aussi bien au possessoire qu'au petitoire que si les servitudes discontinues ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titre, la preuve testimoniale ou par présomption sera cependant admise s'il y a un commencement de preuve par écrit.

Évidemment, la règle qui s'applique pour l'établissement de la servitude elle-même s'appliquera au changement d'assiette de cette servitude. Par application de ce principe, un arrêt récent¹ a autorisé le propriétaire du fonds dominant à faire la preuve par témoin du changement d'assiette d'une servitude de passage, établie par titre au profit de son fonds. Les défendeurs avaient reconnu que le demandeur avait participé par son travail et ses fournitures à l'installation d'une nouvelle allée sur leur propriété, changeant par là l'assiette d'une servitude de passage préexistante. Cette reconnaissance écrite des défendeurs a été considérée comme un commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve par témoin ou par présomption du changement d'assiette de la servitude.

Qu'il s'agisse d'un titre faisant preuve complète ou d'un commencement de preuve par écrit complété par des témoignages ou des présomptions, l'action possessoire n'est recevable qu'autant que la servitude a été exercée conformément au titre ou bien telle qu'elle résulte du commencement de preuve par écrit et du complément de preuve qui fixe son caractère et son étendue². Les servitudes

1. 6 janvier 1920, S. 1920. 1. 312, précité.

2. Civ., 19 mars 1861, D. P. 61. 1. 162. — Req., 27 janvier 1885, D. P. 85. 1. 362.

discontinues en effet, ne peuvent être aggravées par prescription à moins qu'il s'agisse non d'une simple servitude, mais de la propriété ou de la possession du sol lui-même sur lequel s'exerce la servitude. Cette règle, avec ses limites est clairement exposée dans les motifs d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 19 mars 1861 : « Attendu que des faits articulés et des conclusions prises par N..., il résulte que l'action en complainte par lui intentée avait pour objet d'être maintenu dans la possession annale de l'usage du sentier dont il s'agit, soit à pied, soit à cheval ou avec bêtes de somme, sans que d'ailleurs il ait invoqué la qualité de co-propriétaire de ce sentier ou prétendu être en possession du sol même sur lequel il est établi. Attendu que son action ainsi circonscrite a pu et dû être considérée par le Tribunal comme se référant à un passage exercé à titre de servitude et non à titre de propriété ; — que s'agissant d'une servitude discontinue, ne pouvant s'acquérir ni s'aggraver par prescription, il entraînait dans les attributions du juge du possessoire d'apprécier la possession articulée dans ses rapports avec le titre invoqué comme devant lui servir de fondement et sans lequel elle n'aurait pu avoir un effet utile. Attendu que le Tribunal ayant reconnu par les circonstances de la cause que le sentier dont il s'agit paraissait n'avoir été créé que pour passer à pied, etc. »

De tout cela il résulte, que le juge du possessoire doit examiner le titre constitutif de la servitude pour en vérifier les termes et le sens ¹. Il doit avant tout s'assurer que les énonciations du titre s'appliquent exactement à la servitude prétendue. Il devra y puiser les éléments nécessaires à l'appréciation de l'étendue de la servitude puisqu'elle

1. Req., 27 mars 1885, précité. — Req., 11 mars 1893, D. P. 93.1. 415.

devra conserver celle que lui donne le titre et ne pourra pas s'aggraver par prescription. Mais, si le juge du possessoire doit juger d'après le titre, cela ne veut pas dire qu'il lui est interdit d'avoir recours à des mesures d'instruction destinées à éclairer les énonciations du titre. Ainsi, il est incontestable qu'il peut, en même temps qu'une visite sur les lieux, ordonner une enquête pour établir les faits de possession et faire l'application des titres au terrain, les deux opérations, enquête et visite des lieux, étant connexées et ordonnées simultanément. Il est bien évident également que ces mesures d'instruction doivent s'appuyer sur le titre. Il en est ainsi s'il s'agit comme nous l'avons dit, de faire l'application des titres au terrain et par exemple, de déterminer si le terrain sur lequel s'exerce une servitude de passage ou de puisage est bien celui sur lequel les contractants ont entendu asseoir la servitude ¹.

Les exemples que nous avons pris dans la jurisprudence à propos des servitudes discontinues ou non apparentes concernent des servitudes positives, autorisant le propriétaire du fonds dominant à accomplir directement des actes d'usage sur le fonds servant : passage, puisage, etc. C'est que, en pratique, les tribunaux n'ont eu guère à s'occuper que des servitudes de ce genre. Est-ce à dire que les servitudes négatives, c'est-à-dire celles qui se bornent à paralyser, dans une certaine mesure, les droits du propriétaire du fonds servant, ne puissent pas être protégés dans les mêmes conditions par les actions possessoires ? La question est controversée. Une partie importante de la doctrine ² et un arrêt ancien de la Chambre civile de la Cour de cas-

1. Req., 12 mars 1888, D. P. 88. 1. 408.

2. Aubry et Rau, t. II, p. 196. — Demolombe, t. XII, p. 950. — Garsonnet, t. I, p. 602.

sation du 15 février 1841, admettent que les servitudes négatives, discontinues et non apparentes, peuvent aussi bien que les servitudes positives faire l'objet d'une action possessoire lorsque leur exercice est fondé sur un titre émané du propriétaire du fonds servant. Mais cette opinion a été repoussée par deux arrêts très anciens de la Cour de cassation, l'un du 19 novembre 1812, l'autre du 28 février 1814 et par quelques auteurs ¹. Il nous semble que c'est le premier système, le plus généralement admis, qui doit prévaloir. En effet, à la différence du Code civil allemand qui prévoit et définit clairement la distinction des servitudes positives et négatives, dans le droit français, cette distinction n'est qu'une classification de doctrine, utile pour la clarté d'un exposé, mais à laquelle rien ne permet d'attacher une importance particulière quant aux conséquences qui pourraient en découler. On ne voit pas notamment pourquoi une servitude négative discontinue ou non apparente ne pourrait pas, si elle est appuyée sur un titre et si les autres conditions générales d'exercice sont réunies, donner lieu aux actions possessoires comme une servitude positive.

On objecte, il est vrai, que si l'action possessoire ne doit pas être admise pour les servitudes négatives non apparentes, même appuyées sur un titre, c'est que ces sortes de servitudes ne sont susceptibles d'aucune possession. Comment concevoir la possession ou la quasi-possession de la servitude de ne pas bâtir, de ne pas planter ? Comment dès lors admettre la protection possessoire d'une telle servitude, même si le demandeur invoque un titre constitutif de la servitude émané du propriétaire qui veut construire ou planter ? A cela, Demolombe répond :

1. Appleton, p. 416. — Belime, p. 265. — Wodon, t. II, p. 497.

« La possession, en matière de choses incorporelles, c'est la jouissance du droit (art. 228) ; or, est-ce que cette jouissance ne résulte pas ici de l'absence de toute construction ou plantation sur le fonds prétendu servant, c'est-à-dire de ce fait que la situation respective des héritages est conforme au titre constitutif de la servitude ? Est-ce que celui qui produit ce titre n'est pas en possession de la servitude, qui en résulte à son profit, par cela même que l'état des lieux lui permet de l'exercer de la seule manière dont elle puisse être exercée ? Ce n'est donc pas seulement sur le titre que le juge de paix est alors appelé à statuer ; c'est sur la possession elle-même, qu'il a en conformité de ce titre, d'après la situation des lieux... C'est par application de ces principes que l'action possessoire est recevable même à raison d'une servitude qui n'est pas susceptible d'une possession matérielle ¹. »

1. Demolombe, t. XII, p. 950.

CHAPITRE IV

LA RÉINTÉGRANDE EST-ELLE APPLICABLE AUX SERVITUDES ?

Dans la plupart des cas que la jurisprudence a eu à examiner en ce qui concerne l'application des actions possessoires aux servitudes, c'est de la complainte et de la dénonciation de nouvel œuvre qu'il s'agissait. Nous avons vu dans quelles conditions générales et particulières ces deux actions pouvaient s'appliquer aux servitudes. On sait que la complainte protège du trouble présent et la dénonciation de nouvel œuvre du trouble futur résultant de travaux en cours. A la vérité, la dénonciation de nouvel œuvre n'est qu'une variété de la complainte. Elle n'en diffère que sur trois points : elle suppose des travaux en cours d'exécution ; une fois achevés, seule la complainte pourrait être intentée. En second lieu, les dits travaux doivent être entrepris sur un fonds autre que celui du demandeur et enfin, le juge ne peut ordonner la destruction des travaux commencés ; il ne peut qu'en prescrire la suspension. — Bien plus profondes sont les différences entre la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre d'une part et la réintégration d'autre part. La réintégration en effet, est indépendante de la possession ; elle peut être accordée même à ceux qui n'ont pas l'*animus domini*, aux détenteurs précaires, aux fermiers, locataires, métayers, et pourvu que cette détention soit paisible, publique et

actuelle, il n'est pas nécessaire de justifier de l'annalité de la possession antérieure aux voies de fait. Aussi, a-t-on dénié le caractère d'action possessoire à la réintégrande. Quant à son champ d'application une partie de la doctrine enseigne qu'elle ne saurait être invoquée pour la protection des servitudes ¹. L'action en réintégrande, dit-on, suppose essentiellement une détention matérielle suivie de dépossession pratiquée au moyen d'un acte agressif sur la personne ou sur le fonds même du plaignant. Or, celui qui a la jouissance d'une servitude n'a pas la détention matérielle du fonds servant sur lequel ont été accomplis les actes de violence mettant empêchement à l'exercice de son droit. Dès lors, comment pourrait-on admettre la réintégrande ? Les actes de violence ne constituent qu'un trouble apporté à la possession. Ils peuvent, il est vrai, se produire à l'égard des ouvrages apparents établis sur le fonds dominant, mais alors c'est la possession du fonds lui-même que protégera la réintégrande. Et à l'appui de ce raisonnement, on cite une nombreuse jurisprudence.

Il ne nous paraît pas concluant, et il semble contraire à la nature et au but de la réintégrande tels qu'ils ont été définis par la jurisprudence. La réintégrande, en effet, d'après la conception certaine de la jurisprudence, peut être exercée par quiconque, possesseur ou détenteur, est dépouillé par voie de fait d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier susceptible d'action possessoire. Or, les servitudes ne sont-elles pas des droits réels immobiliers, susceptibles, dans les conditions que nous avons vues, de la protection possessoire ? La réintégrande a pour but particulier de faire réintégrer le demandeur dans sa possession ; elle peut

1. Planiol et Ripert. *Traité théorique et pratique*, t. III, p. 922.

donc être intentée par toute personne, qu'elle soit possesseur ou détenteur, à la condition qu'elle ait été dépouillée par violence. Voici notamment ce que disent Aubry et Rau : « La réintégrande est accordée bien moins pour la garantie et la conservation de la possession que pour la réparation du fait illicite et contraire à la paix publique, dont s'est rendu coupable l'auteur d'une dépossession consommée par violence ». C'est une mesure d'ordre public prise contre la violence. La Cour de cassation dit que c'est une mesure d'ordre et de paix publique qui procède du principe que nul ne peut se faire justice à soi-même¹. Pourquoi ne pas appliquer cette mesure d'ordre et de paix publique à la protection des servitudes ?

On dit que lorsque la violence sera exercée à l'égard des ouvrages apparents établis sur le fonds dominant, c'est la possession du fonds lui-même que protégera la réintégrande. Sans doute. Mais est-ce dire que, s'il n'en était pas ainsi, la protection possessoire des servitudes par la réintégrande serait impossible ? Un arrêt de la Chambre des requêtes² a jugé que des voies de fait sur un ouvrage (un pont), qui était utilisé pour l'exercice d'une servitude discontinue, dans l'espèce un droit de passage, pouvaient donner ouverture à la réintégrande, malgré l'absence de titre, parce que le litige pouvait être réputé porter exclusivement sur la possession de l'ouvrage. Peut-on en conclure que la réintégrande serait impossible dans tous les cas où le litige ne porterait pas sur la possession du fonds lui-même par l'intermédiaire d'ouvrages apparents établis sur ce fonds ? Assurément non. L'arrêt à cet égard, fait bien la distinction. Il admet la réintégrande, même en

1. 4 juin 1904, D. P. 1905. 1. 175.

2. Req., 17 juillet 1837, S. 38. 1. 73.

l'absence de titre, pour la protection d'une servitude discontinue parce que le litige peut être réputé porter sur la possession du pont; a contrario, la réintégrande aurait été impossible, dans le cas envisagé, si elle n'avait pas pu être appliquée à la possession de l'ouvrage lui-même, mais d'après l'arrêt, à cause de l'absence de titre. Il est bien évident, en conséquence que, s'il y avait eu un titre, l'exercice de la réintégrande aurait pu être admis pour la protection d'une servitude discontinue, sans qu'il soit besoin de faire porter le litige sur la possession du fonds lui-même.

Cette décision de la Cour de cassation est ancienne. Il y en a de plus récentes. Une des dernières en date du 6 juillet 1918 ¹ applique des principes analogues à ceux qui résultent de l'arrêt de 1837; en matière de servitudes discontinues ou non apparentes, la recevabilité des actions possessoires, complainte ou réintégrande est subordonnée à l'existence d'un titre. « Attendu, dit le jugement confirmé par la Cour de cassation, que l'action en réintégrande est une action possessoire dont le juge de paix ne peut connaître qu'autant que le droit réclamé pourrait être déclaré et maintenu par ce magistrat; que l'action de J... a pour objet l'exercice d'un passage, servitude discontinue qui ne peut s'acquérir par la possession et n'est établie qu'au moyen d'un titre légal ou conventionnel... » C'est l'application des règles générales en ce qui concerne la protection possessoire des servitudes. Ce même arrêt de 1918 fait ensuite la distinction contenue dans la décision de 1837 : Si le Tribunal estime que l'action tend à la reconnaissance d'un droit de passage sans qu'il soit produit de titre à l'ap-

1. Req., 6 juillet 1918, S. 1920. 1. 115.

pui, la réintégrande ne sera pas possible pour sanctionner l'atteinte portée à une servitude discontinuée exercée sans titre. Mais il en serait différemment s'il s'agissait de maintenir le demandeur dans la possession d'un chemin, s'il s'agissait de la possession du fonds lui-même sur lequel s'exerce le passage. Ceci encore n'est que l'application des règles générales qui régissent la complainte comme la réintégrande.

Entre ces deux arrêts, on en retrouve plusieurs autres qu'il est intéressant d'analyser. Ils montrent l'unité de vue de la jurisprudence en cette matière.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 7 juillet 1852 ¹ s'exprime dans des termes presque identiques à ceux qui seront retrouvés dans l'arrêt du 6 juillet 1918 : « Attendu que l'action en réintégrande est une action possessoire dont le juge de paix ne peut connaître qu'autant que le droit réclamé pourrait être déclaré et maintenu par ce magistrat ; que l'action du demandeur avait pour objet l'exercice d'une servitude discontinuée qui ne peut s'acquérir par la possession ; que c'est dès lors à bon droit que le jugement attaqué a rejeté cette action dans une instance possessoire... ». On peut dire que l'arrêt de 1918 est la reproduction de celui de 1852. D'aucun des deux, il ne ressort que la réintégrande soit inapplicable aux servitudes.

Un autre arrêt de la Chambre des requêtes, du 12 décembre 1853 ², envisage une hypothèse différente : « Attendu en droit que l'action en réintégrande suppose toujours une possession réelle et actuelle et une déposssession par violence et voies de fait..., en conséquence le possesseur

1. Req., 7 juillet 1852, D. P. 52. 1. 167.

2. Req., 12 décembre 1853, D. P. 54. 1. 346.

qui se plaint en justice qu'un tiers a passé sur son terrain et détruit une barrière lui servant de clôture, et qui se borne à demander le rétablissement des lieux dans leur état primitif avec dommages-intérêts, en qualifiant lui-même la voie de fait, commise à son préjudice, de trouble à sa possession, n'exerce point une action en réintégrande, laquelle suppose une dépossession, mais une simple complainte possessoire. »

Cet arrêt rappelle une condition essentielle pour l'exercice de la réintégrande ; la dépossession avec violence, dans l'espèce il refuse cette action uniquement parce que les juges du fait avaient apprécié qu'il n'y avait pas dépossession, par violence, mais simplement de l'aveu du demandeur lui-même, un trouble sans violence caractérisée, susceptible seulement de fonder une action en complainte. Nulle part, il n'est dit que la réintégrande est refusée parce qu'elle est inapplicable aux servitudes. Elle est impossible dans le cas envisagé parce qu'une condition nécessaire à son exercice n'est pas réalisée, mais l'arrêt ne dit pas que même si cette condition avait été réalisée, s'il y avait eu violence grave caractérisée et si le demandeur avait invoqué cette violence au lieu de fonder sa demande sur un simple trouble de jouissance, la réintégrande n'aurait pas été cependant recevable parce qu'il s'agissait d'une servitude. L'action aurait pu également être repoussée si la servitude invoquée n'était pas appuyée sur un titre, puisqu'il s'agissait d'une servitude discontinue mais là encore, l'action n'aurait pas échoué parce que la réintégrande est inapplicable aux servitudes. En un mot, s'il y avait eu un titre à l'appui de la servitude discontinue et dépossession violente de ce droit, caractérisée et invoquée par le demandeur, la réintégrande aurait certainement été admise.

Cette solution résulte très clairement d'un arrêt de la Chambre civile du 28 octobre 1885 ¹ qu'il faut rapprocher de celui plus ancien de la Chambre des requêtes que nous venons de citer. « Attendu que l'action en réintégrande suppose non seulement la possession actuelle et paisible de l'objet litigieux, mais en outre, un acte agressif sur la personne ou sur le fonds même du plaignant, qui mette en mouvement le droit de légitime défense et soit de nature à troubler dans une certaine mesure l'ordre et la paix publique. Attendu qu'il est impossible de trouver ce double caractère dans l'œuvre pratiquée par le sieur B..., sur le terrain même dont il était fermier. — Attendu par suite qu'en le condamnant dans ces conditions à rétablir les lieux dans l'état primitif et à payer des dommages-intérêts à la demanderesse en réintégrande, le jugement attaqué a faussement appliqué et par suite violé les articles sus-visés, etc... »

Cet arrêt est surtout important parce qu'il précise la nature de la violence nécessaire pour servir de fondement à la réintégrande. Cette violence doit résulter d'un acte agressif sur la personne ou sur le fonds même du plaignant et cet acte doit présenter un double caractère ; il doit être assez grave pour mettre en mouvement le droit de légitime défense, c'est-à-dire qu'il doit être suffisant pour justifier la légitime défense et il doit être de nature à troubler l'ordre et la paix publique.

Et si, dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, la réintégrande n'a pas été admise, ce n'est pas, ici encore, parce qu'il s'agissait de la protection d'une servitude mais, dit expressément l'arrêt, parce qu'il n'y avait pas de dépos-

1. Civ., 28 octobre 1885, D. P. 86. 1. 309.

session violente présentant les deux caractères exigés par la Cour. En un mot, cet arrêt ne contient qu'une application et une définition des éléments nécessaires d'après la jurisprudence pour former la dépossession violente indispensable à l'exercice de la réintégrande, mais il n'en ressort pas du tout que cette action doive être refusée dans tous les cas en matière de servitude. Enfin, c'est aussi ce qui résulte d'une décision de la Chambre des requêtes du 17 février 1914¹. « Attendu que la destruction de la barrière litigieuse n'a pas eu pour effet de déposséder les époux M... de la partie du terrain sur lequel la barrière était établie *ni de les priver de la jouissance de leur servitude de passage* puisqu'elle n'était pas destinée à en assurer ou en faciliter l'exercice ; qu'elle ne pouvait donc donner ouverture à l'action en réintégrande qui suppose la dépossession d'un immeuble ou de la jouissance d'un droit réel immobilier... ».

— L'arrêt constate qu'il n'y a eu dépossession ni du fonds lui-même sur lequel est établie la servitude, ni de la servitude et en conséquence il refuse la réintégrande. Mais il résulte clairement de l'exposé des motifs que la réintégrande aurait pu être appliquée non seulement s'il y avait eu dépossession du terrain, mais encore s'il y avait eu seulement perte de la jouissance de la servitude de passage (appuyée sur un titre) à la suite d'une violence grave qui aurait pu être exercée sur la personne du plaignant aussi bien que sur son terrain ou sur les ouvrages édifiés sur ce terrain. Après cela l'arrêt précise encore que l'application de la réintégrande suppose ou la dépossession d'un immeuble ou la perte (par dépossession violente) de la jouissance d'un droit réel immobilier et par conséquent d'une servi-

1. Req., 17 février 1914, D. P. 1917. 1. 194.

tude lorsque par ailleurs elle présente les caractères nécessaires pour bénéficier de la protection possessoire.

De l'analyse de cette jurisprudence, qui s'est maintenue depuis longtemps sans varier, il résulte que, si les Tribunaux ont rarement l'occasion d'appliquer la réintégrande aux servitudes et si l'on trouve de nombreux arrêts repoussant cette action possessoire, c'est que les conditions nécessaires à l'exercice de la réintégrande et les caractères que doivent présenter les servitudes pour bénéficier de la protection possessoire, qu'il s'agisse de la complainte, de la dénonciation de nouvel œuvre ou de la réintégrande, n'étaient pas réunies. Mais il est possible de trouver ces conditions réalisées et nulle part il n'est dit que s'il en était ainsi, la réintégrande serait cependant repoussée comme étant inapplicable aux servitudes. Nous pouvons donc conclure que la réintégrande protège les servitudes selon les règles spéciales à cette action et selon les règles générales, telles que les a dégagées la jurisprudence, qui régissent l'application de la protection possessoire aux servitudes. Cette opinion qui nous semble ressortir de l'examen de la jurisprudenec est aussi celle de plusieurs auteurs. Selon Garsonnet : « il n'y a pas à distinguer au point de vue des démembrements de la propriété, entre la complainte et la réintégrande; quiconque est troublé dans la possession qu'il a de ses droits peut exercer la complainte ; quiconque en est dépossédé, la réintégrande ». — Pardessus écrit : « On peut se demander si la réintégrande n'est pas limitée seulement au cas où quelqu'un a été dépouillé d'un immeuble corporel et s'il est permis de l'exercer relativement à une servitude. La question n'est pas douteuse puisque toutes les servitudes donnent lieu aux actions possessoires. Celui qui par voie de fait a été

privé d'une possession quelconque est admis à agir contre l'auteur du trouble pour être réintégré dans sa jouissance » et, ajoute Pardessus, « sans être obligé de prouver que cette jouissance avait toutes les qualités requises pour faire obtenir gain de cause par voie de complainte ordinaire. » Ceci demande une explication. Lorsqu'on dit que la possession nécessaire à l'exercice de la réintégrande ne suppose pas une jouissance ayant toutes les qualités requises pour faire obtenir gain de cause par voie de complainte, il faut entendre par là qu'il suffit d'invoquer une possession actuelle, paisible et publique, sans qu'il soit besoin de justifier de l'annalité de la possession antérieure aux voies de fait. Il faut seulement que la possession ait précédé de quelques jours, ou même d'un jour seulement, l'acte de dépossession. Voilà dans quel sens on peut dire que la possession requise pour l'exercice de la réintégrande ne doit pas obligatoirement présenter les qualités qui lui sont nécessaires pour servir de fondement à la complainte. Mais certains auteurs sont allés plus loin. Ainsi selon Belime¹ puisqu'une possession de pur fait suffit pour légitimer l'exercice de la réintégrande, encore que cette possession serait sans efficacité pour la prescription, l'impossibilité d'acquérir par la prescription une servitude discontinue ou non apparente ne devrait pas être un obstacle à l'extension de l'action en réintégrande à de pareilles servitudes. Par conséquent, la réintégrande ne devrait pas être refusée à celui qui se plaint d'avoir été privé par violence ou voies de fait de la jouissance d'une servitude discontinue ou non apparente exercée sans titre. Cette opinion peut se soutenir et nous verrons ce qu'il faut penser de la distinction entre les servitudes continues et apparentes et les

1. De la possession, p. 335.

servitudes discontinues et non apparentes au point de vue de l'application des actions possessoires. Mais il n'en reste pas moins que la double condition d'apparence et de continuité est exigée de façon formelle par la jurisprudence pour la protection possessoire des servitudes exercées sans titre comme résultant de l'article 690 du Code civil, et il était difficile aux tribunaux engagés dans cette voie, de ne pas faire l'application du même principe à la réintégrande. La jurisprudence, en règle générale, a posé que les servitudes exercées sans titre devaient, pour bénéficier de la protection possessoire, être continues et apparentes et elle applique la même règle aux trois actions possessoires. Voici le raisonnement de la Cour de cassation : Le juge de paix ne peut admettre la réintégrande qu'autant qu'il pourrait maintenir le droit réclamé ; or, il ne pourrait pas reconnaître l'existence d'une servitude discontinue ou non apparente exercée sans titre ; il ne pourra donc pas appliquer la réintégrande à une telle servitude. En un mot, la réintégrande est applicable aux servitudes, mais seulement aux servitudes qui présentent les caractères que la jurisprudence, à tort ou à raison, estime indispensables à l'exercice des actions possessoires. En réalité, la position de la jurisprudence est fautive. La nécessité de la double condition d'apparence et de continuité est contestable quand il s'agit de la complainte parce qu'il peut y avoir possession d'une servitude discontinue et non apparente. Appliquée à la réintégrande, la règle se comprend encore moins à cause du fondement et des règles plus larges de cette action.

CONCLUSIONS

On a pu se rendre compte au cours de cette étude de la complexité que la jurisprudence a apporté dans la réglementation de la protection possessoire des servitudes. Non seulement, toutes les servitudes n'obéissent pas à la même règle, mais, dans une même catégorie de servitudes, les servitudes conventionnelles, il faut faire plusieurs distinctions. Il faut rechercher s'il y a un titre ou non, si la servitude est continue et apparente ou ne présente aucun ou un seul de ces caractères. Le motif de cette complexité, c'est que le Code civil n'admet la prescription acquisitive des servitudes que pour les servitudes à la fois apparentes et continues. On en déduit que les servitudes ne présentant pas ces caractères ne sont susceptibles de possession utile, à moins qu'elles ne reposent sur un titre, et que, par conséquent, elles ne peuvent pas bénéficier de la protection possessoire. Que faut-il penser de ce système ?

Son fondement est l'article 690 du Code civil. Or, la double condition de continuité et d'apparence qui est exigée par cette disposition de la loi ne se justifie pas. Elle n'a d'ailleurs pas toujours existé. Dans l'ancien droit, c'était deux systèmes extrêmes qui dominaient. Dans l'un, celui de la coutume de Paris, la prescription était inapplicable à toutes les servitudes sans distinction. Un arrêt du Parlement de Paris du 6 février 1782 étendit cette règle à toutes les coutumes muettes. Mais, un système inverse était con-

tenu dans d'autres coutumes : Artois, Auvergne, Boulenois, Ponthieu. Elles admettaient la prescription pour toute espèce de servitude. Il y avait enfin un système intermédiaire qui semble avoir été admis dans certaines régions et qui a été exposé par D'Argentré. Il abandonne la simplicité des deux autres pour distinguer, quant à l'application de la prescription, entre les servitudes continues et les servitudes discontinues. La prescription des servitudes continues est possible, parce que, dit D'Argentré, elle résulte de la possession naturelle et permanente des ouvrages faits pour l'exercice de la servitude. En réalité, il faut que la servitude soit à la fois continue et apparente puisque D'Argentré parle des « notæ », signes extérieurs de la servitude qui en conservent la possession. Mais, à cette époque, la classification des servitudes en apparentes et non apparentes n'était pas encore formée et cette division se confondait avec celle des servitudes continues et discontinues. Enfin, il fallait que la servitude ou du moins, que la possession de la servitude ait été connue du propriétaire du fonds servant. Quant aux servitudes discontinues, elles sont imprescriptibles conformément au Droit romain : « alterum caput est de discontinuis, hoc est quæ facto hominis exercentur... atque hæ jure civili nullo tempore acquærantur, id est imprescriptibiles sunt, nisi quidem tempore immemoriali, quod vim tituli et constituti juris habet ».

C'est ce système qu'a adopté le Code civil. Il mérite les plus vives critiques et elles ne lui ont pas été ménagées¹.

Il est impossible de trouver un argument satisfaisant en faveur du maintien de l'une ou l'autre des conditions exigées par l'article 690 du Code civil.

1. Cf. notamment Planiol et Ripert.

Tout d'abord, la condition d'apparence est inutile. Elle ne se confond pas avec la condition ordinaire de publicité qu'exige l'article 2229 du Code civil pour reconnaître la possession utile au point de vue de l'usucapion. On trouve, en effet, parmi les servitudes non apparentes, les servitudes de puisage, de pacage, d'abreuvement, etc. Or, les actes de possession par lesquels s'exercent ces servitudes sont incontestablement visibles extérieurement et s'accomplissent au grand jour. La condition de publicité est remplie à leur égard, et la possession serait utile pour l'acquisition de la propriété du réservoir ou du terrain. Pourquoi n'en est-il pas ainsi parce qu'il s'agit d'une servitude ? Et, puisque la possession n'est pas clandestine, pourquoi ne pas s'en tenir aux règles générales et mettre un obstacle à l'acquisition de ces servitudes en les déclarant non apparentes ?

La condition de continuité ne se justifie pas davantage. Si l'on recherche la cause historique de la distinction entre les servitudes continues et discontinues, on trouve que, les servitudes considérées comme discontinues s'exerçant par des actes isolés n'étaient pas réputées susceptibles d'une possession continue. « On ne peut pas aller et venir sans cesse sur le fonds d'autrui sur lequel on a la servitude de chemin », dit Ferrière¹. Or, cette raison est fautive et abandonnée aujourd'hui. Il est, en effet, hors de doute que les servitudes discontinues sont parfaitement susceptibles d'une possession continue. Il suffit que celui qui jouit d'une pareille servitude l'exerce aussi fréquemment que le comportent ses besoins. Elle restera bien discontinue en un certain sens, mais, au point de vue de l'usucapion, il y aura incontestablement possession continue et c'est

1. Ferrière : Sur la coutume de Paris, art. 186, glose I, p. 11.

arbitrairement qu'une telle servitude est déclarée imprescriptible et insuffisante pour bénéficier de la protection possessoire. Les auteurs n'affirment donc plus qu'une servitude discontinue n'est pas susceptible d'une possession continue.

Mais on dit encore, et c'est l'argument actuel en faveur de l'article 690, que les servitudes discontinues sont entachées de précarité. Les rapports de bon voisinage exigent, en effet, de nombreuses concessions. Or, quel dommage, quelle gêne résulte des actes isolés, exercés de temps en temps et passagèrement, qui constituent les servitudes discontinues ? Le propriétaire du fonds sur lequel s'exercent ces actes est obligé de les supporter s'il veut conserver de bonnes relations avec ses voisins. Il les tolère sans leur reconnaître le caractère d'un droit. Ainsi donc ces servitudes qui sont dues à la tolérance sont entachées de précarité et la prescription est impossible à leur égard en vertu de l'article 2232. Il faut reconnaître que cet argument est plus solide que le précédent. Il est incontestable que quantité de servitudes de passage, de puisage, de lavage, de pacage, d'abreuvement, etc., s'exercent à titre de simple tolérance et sont dues à l'esprit conciliant d'un propriétaire ou à sa peur des représailles. Déclarer ces servitudes prescriptibles ce serait obliger le propriétaire du fonds servant à agir pour faire cesser un état de fait qui deviendrait un droit s'il ne pouvait faire la preuve difficile de la tolérance, et l'on voit la source intarissable de procès qui serait découverte : ce serait troubler la paix des villages et supprimer les avantages des bons offices réciproques. Tant que l'on sait de part et d'autre que le passage ou le puisage sont de simples tolérances, tant que le propriétaire du fonds servant n'a pas à se ménager la preuve de la tolérance et de

la précarité, puisqu'il est protégé par une présomption de la loi, l'exercice de ces servitudes sera facilement supporté par l'un au profit de l'autre et s'il y avait abus, il suffira d'un avertissement du propriétaire du fonds servant pour le faire cesser, puisque le bénéficiaire de la servitude discontinue sait qu'il ne peut acquérir aucun droit définitif sur elle par la prescription. Il en serait différemment sans doute s'il pouvait y arriver ; il obligerait le propriétaire à agir ou à laisser prescrire. On voit le danger qui résulterait de l'exercice cependant très fréquent de ces servitudes. Aussi Demolombe trouve-t-il que la présomption de tolérance dont elles sont frappées par la loi « basée sur la vérité des faits, sur l'expérience, est aussi éminemment conforme à l'intérêt privé de tous les propriétaires non moins qu'à l'intérêt général de l'État ¹ ».

C'est beaucoup dire. Il nous semble impossible d'affirmer que toutes les servitudes discontinues exercées sans titre, ou la plupart d'entre elles, soient le résultat de la tolérance et se trouvent entachées de précarité. L'application générale de la présomption de tolérance et de précarité à ces servitudes est fausse parce que, souvent, il n'y a pas de tolérance, mais la prétention à un droit de la part de celui qui jouit de la servitude. Il n'y a pas besoin de connaître beaucoup la psychologie paysanne, notamment, pour savoir avec quelle facilité et quelle ténacité on passe sur l'idée de tolérance pour affirmer la prétention à l'exercice d'un droit. Dès lors, où est la précarité tant que la preuve de la tolérance n'est pas rapportée ? Pourquoi dispenser le propriétaire du fonds servant de se réserver cette preuve ? Et si la possession n'est pas précaire, si elle est paisible, publique et non équivoque, pourquoi ne pas lui

1. Demolombe, t. XII, p. 299.

reconnaître les effets qui doivent résulter de la possession utile ?

En réalité, il n'y a pas de raison sérieuse pour écarter la prescription en matière de servitudes discontinues. Il fallait laisser la prescription des servitudes sous l'empire des principes généraux. Les servitudes discontinues n'auraient pas toujours été prescriptibles, elles n'auraient été prescriptibles selon les règles générales que si leur possession avait été utile. L'argument tiré de la précarité fréquente de leur possession aurait pu intervenir, mais il n'aurait pas empêché les servitudes auxquelles il était inapplicable d'être prescrites. En un mot, l'acquisition de toutes les servitudes, sans distinction entre les continues et les discontinues, les apparentes et les non apparentes, eût été possible par prescription toutes les fois que leur exercice aurait été public et suffisamment fréquent pour constituer une possession continue. Elle aurait été impossible au contraire chaque fois qu'il aurait été démontré que la servitude était exercée par tolérance et sa possession entachée de précarité. On peut dire qu'avec ce système il n'y aurait pas beaucoup de servitudes exercées à titre de tolérance parce que, pour éviter d'avoir à faire la preuve de la tolérance et supprimer une source de difficultés pour l'avenir les propriétaires avisés jugeraient plus simple sans doute d'interdire et d'empêcher l'exercice de toute servitude sur leur propriété. Supprimant la tolérance, ils n'auraient pas à en rapporter la preuve. Mais cet argument d'ordre pratique que nous avons déjà signalé n'empêche pas que, juridiquement, le système du Code civil en ce qui concerne la prescription des servitudes et leur protection possessoire est inexplicable.

Il est même injustifiable au point de vue de l'équité et

la jurisprudence a dû le corriger. Il a paru injuste dans certains cas, de refuser de reconnaître les droits d'un propriétaire qui, incontestablement, jouit d'une servitude depuis plus de trente ans, mais dont les titres sont perdus et qui, partant, ne peut être maintenu dans la jouissance de sa servitude si elle est discontinuée. La jurisprudence a fait mieux : ne pouvant lui reconnaître la servitude elle le reconnaît propriétaire du fonds lui-même sur lequel s'exerce la servitude lorsque les conditions de la prescription sont réunies. S'il est impossible d'acquérir une servitude discontinuée ou non apparente par prescription, il n'en est pas ainsi du droit de propriété. Nous avons vu comment, en matière de droit de passage, la protection possessoire peut s'appliquer non pas à la servitude naissant de ce droit, mais à la propriété du sol, du chemin sur lequel s'exerce le passage. Il en est de même des droits de pâturage et de pacage et du droit de puisage pour la propriété du puits. Ils peuvent être considérés comme s'exerçant non à titre de servitudes discontinuées, mais à titre de co-propriété ou de droits d'usage susceptibles d'être acquis par la prescription et d'être protégés par les actions possessoires. Il faut étendre la même solution à toutes les servitudes discontinuées : servitudes d'abreuvement, de lavage, etc. Elles peuvent être exercées à titre de propriété ou de co-propriété et bénéficier de la protection possessoire.

Cette jurisprudence est rigoureuse pour celui qui subit la servitude. Ne pouvant reconnaître cette servitude, les tribunaux l'obligent à subir une co-propriété et même parfois une expropriation totale. La protection que la loi a voulu organiser se retourne contre celui qui devait en profiter.

Il vaudrait mieux que cette protection dangereuse n'existe pas et que les tribunaux soient libres d'appliquer aux servitudes de toute espèce la prescription et la protection possessoire selon les règles générales qui régissent ces institutions.

Le Code civil allemand est, à cet égard, beaucoup plus souple et beaucoup plus simple que le nôtre. Alors que, chez nous, c'est la jurisprudence qui, en l'absence de texte relatif aux actions possessoires en matière de servitudes, on régit l'exercice en partant du principe faux contenu dans l'article 690 du Code civil, en Allemagne, l'article 1029 de ce Code accorde la protection possessoire à toutes les servitudes sans distinction. Ce texte ne prévoit que deux conditions qui sont du reste conformes aux principes généraux, il faut :

1° Que la servitude soit inscrite au registre foncier ;

2° Qu'elle ait été exercée au moins une fois dans l'année qui a précédé le trouble.

Si ces deux conditions générales d'exercice sont réunies, il n'y a pas à distinguer entre les servitudes continues et apparentes et celles qui ne le sont pas.

Ce système permet une protection raisonnable des servitudes mais non abusive parce que le juge doit toujours vérifier si les conditions générales d'application des actions possessoires sont remplies. Il doit en refuser l'exercice s'il estime que la possession est précaire ou clandestine. Ainsi sont sauvegardés les droits du propriétaire du fonds sur lequel le demandeur veut exercer sa servitude. C'est le système qu'aurait admis la jurisprudence si les auteurs du Code civil avaient continué la tradition de nombreuses coutumes de l'ancien droit qui admettaient la prescription de toutes les servitudes, au lieu d'adopter un principe

inutilement compliqué, injustifiable juridiquement, et qui s'est révélé, dans la pratique, inapplicable, et dangereux par les moyens que la jurisprudence a dû employer pour y remédier.

VU :

Le Président,
G. RIPERT.

VU :

Le Doyen,
EDGARD ALLIX.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
J. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ALLAIN et CARRÉ. *Manuel encyclopédique des juges de paix*. 4^e édition.
- AUBRY et RAU. *Cours de Droit civil Français*, 5^e édition.
- BÉNECH. *Traité des justices de paix*.
- BIOCHE. *Dictionnaire des juges de paix*.
- BIRET et LEVASSEUR. *Manuel des justices de paix*.
- BOITARD, COLMET-DAAGE et GLASSON. *Leçons de procédure civile*.
- BOST. *Encyclopédie des justices de paix*.
- BOURBEAU. *Théorie de la procédure civile*.
- COLIN et CAPITANT. *Cours élémentaire de Droit civil français*.
- CARRÉ. *Compétence des juges de paix*.
- CARRÉ et CHAUVEAU. *Lois de la procédure*.
- CURASSON, POUX-LAGIER et PIALAT. *Compétence des juges de paix*.
- DEMOLOMBE. *Cours de Code civil*.
- GARSONNET. *Traité théorique et pratique de procédure*.
- GIRARD. *Manuel élémentaire de Droit romain*.
- GUILBON. *Traité de la compétence des juges de paix*.
- PABON. *Traité des justices de paix*.
- PLANIOL et RIPERT. *Traité élémentaire de droit civil*.
- PLANIOL et RIPERT. *Traité théorique et pratique de droit civil*.
- ROUSSEAU et LAISNEY. *Dictionnaire de procédure civile*.
- SAVIGNY. *De la possession en droit romain*, 7^e éd., trad. Stœdtler, Paris, 1866.

II. — OUVRAGES PARTICULIERS

- ALAUZET. *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*. Paris, 1849.
- APPLETON. *De la possession et des actions possessoires*.
- AUDIAT. *Des actions possessoires*.
- AULANIER. *Traité des actions possessoires*, Paris, 1829.
- BEAUVAIS. *De la possession et des actions possessoires*.
- BELIME. *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, Paris, 1842.
- BOURCART. *Etude historique et pratique sur les actions possessoires*, Paris, 1880.

- CAROU. *Principes ou traité théorique et pratique des actions possessoires*, 3^e édition, Paris, 1857.
- CREMIEU. *Théorie des actions possessoires ou des moyens juridiques de faire valoir la possession en droit romain et en droit français*, Paris, 1846.
- CURASSON. *Traité des actions possessoires, du bornage et autres droits de voisinage relatifs aux plantations, aux constructions, à l'élagage des arbres et des haies, au curage des fossés et canaux*.
- DE PARIEU. *Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires*, Paris, 1850 ; et le compte rendu de cet ouvrage, par Benech (*Revue critique*, 1854, IV).
- DE LOYNES. De la prescription des actes de pure faculté (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XVIII, 1889, p. 388 et s.).
- DUBUC. *Des actions possessoires*.
- FERRIERE. *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*.
- GARNIER. *Traité de la possession et des actions possessoires*, Paris, 1847 à 1852.
- GUICHARD. *Questions possessoires et explication méthodique des lois et de la jurisprudence concernant les actions possessoires*.
- JOY. *Recueil des actions possessoires*.
- LAURENT. *De la réintégrande*.
- LELIGOIS. *Des actions possessoires*.
- MARINIER. *Etudes sur la possession et les actions possessoires* (*Revue critique*, 1859, XIV, p. 78 et s., 131 et s., 314 et s. : t. XV, p. 542).
- LE ROUX DE BRETAGNE. *Nouveau traité de la prescription en matière civile*, Paris, 1869.
- MARCADÉ. *Questions sur la possession*.
- MACHELARD. *Théorie générale des interdits en droit romain*, Paris, 1864.
- MOLITOR. *Traité de la possession*, Paris, 1851.
- PARDESSUS. *Traité des servitudes*.
- PESTRE. *Des actions possessoires*.
- PICQUET. *Des actions possessoires*.
- PONCET. De la règle que les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession, ni prescription, Paris, 1883. (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. IX, 1883, p. 450 et s.)
- POTHIER. *De la possession*.
- RAVIART. *Traité des actions possessoires*, 2^e édition.
- ROUX. *Des actions possessoires*.
- SMITH. *Origine de la possession annale*, Lyon, 1854.
- STOULS. *Etude sur la protection de la possession*.
- WODON. *Traité théorique et pratique de la possession et des actions possessoires*, Paris, 1878.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
------------------------	---

CHAPITRE PREMIER

PROTECTION POSSESSOIRE DES SERVITUDES NATURELLES

§ 1. — Écoulement naturel des eaux des fonds supérieurs.	17
§ II. — Eaux des sources.	18
§ III. — Eaux pluviales.	24
§ IV. — Eaux courantes.	26

CHAPITRE II

SERVITUDES LÉGALES

§ I. — Arbres et constructions.	33
§ II. — Jours et vues.	35
§ III. — Passage en cas d'enclave	36

CHAPITRE III

SERVITUDES CONVENTIONNELLES

§ I. — Servitudes continues et apparentes	44
§ II. — Servitudes continues non apparentes et servitudes discontinues.	46
A. Servitudes exercées sans titre.	47
B. Servitudes appuyées sur un titre.	54

CHAPITRE IV

LA RÉINTÉGRANTE EST-ELLE APPLICABLE AUX SERVITUDES

CONCLUSIONS.	84
BIBLIOGRAPHIE	93

